Die Schenkungsauflage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der
Universität Leipzig

eingereicht von

Arthur Willy Mittelbach,
Referendar in Dresden.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Dresden
Buchdruckerei Robert Schiller
1915.

Dem Andenken meines Vaters!
Meiner Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erstes Kapitel.
Der Begriff der Schenkungsauflage.

§ 2. Geschichtlicher Überblick 3
§ 3. Die Auflage, eine Nebenabrede 12
§ 4. Der sog. modus simplex 14
§ 5. Auflage und Gegenleistung 19
§ 6. Ergebnis 33

Zweites Kapitel.
Die Rechte aus der Schenkungsauflage.

§ 7. Der Erfüllungsanspruch 35
§ 8. Die Rechte des Beschwerten aus § 526 43
§ 9. Der Rückforderungsanspruch 47

Literaturverzeichnis.

Beeg, Die Auflage nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch. Greifswalder Diss. Stettin 1903.

Boethke, Literaturbesprechung 9 in Gruchots Beitr. Bd. 50, 1 S. 166 ff

Cosack, Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht. Stuttgart 1884.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechtes. I. Band. 6. Auflage. Jena 1913.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge. Freiburg i. B., Leipzig, Tübingen 1897.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig. I. Band 1900. II. Band 1902.

v. Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechtes. 7./8. Auflage. Wien und Leipzig 1905.

Dernburg, Pandekten. I. Band. 5. Auflage. Berlin 1896.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preußens. II. Band. 2. Abteilung. 3. Auflage. Halle a. S. 1906.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band. 9. Auflage. Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. I. Band. 2. Abteilung. 4./5. Auflage. Marburg 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (Offizielle Sammlung.)

Erxleben, Die condictiones sine causa. Leipzig 1850.

Feigel, Die Auflage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Erlanger Diss. Ansbach 1898.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. (Handausgabe.) 9. Auflage. München 1912.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 10. Auflage, bearbeitet von Stein. I. Band. Tübingen 1911.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Vierten Teiles erste Abteilung. Erlangen 1796.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. I. Band. 2. Auflage. Berlin 1903.

Haymann, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem Bürgerlichen Recht. Berlin 1905.

Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft. In Iherings Jahrb. Bd. 56. S. 86 ff.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Heuser, Rechte des Schenkers, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, nach römischem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Rostocker Diss. Duisburg 1902.

Hoeniger, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge. I. Band: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim und Leipzig 1910.

Jaeger, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses auf der Grundlage des Gesetzes vom 21. Juli 1879. Berlin 1905.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. I. Band. 3./4. Auflage. Berlin 1913.

Janson, Die eingeschränkte Schenkung nach heutigem Recht. Göttinger Diss. Göttingen 1912.

v. Ihering, Der Zweck im Recht. I. Band. 4. Auflage. Leipzig 1904.

Kieffer, Schenkung unter Auflage nach BGB. Heidelberger Diss. Colmar 1908.

Kliebert, Die Auflage. Eine dogmatische Studie aus dem Bürgerlichen Recht. Würzburger Diss. Würzburg 1907.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Band I und II, 1. Berlin 1906.

Kohler, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. V. Ansprüche zu Gunsten eines Dritten. Im Archiv für Bürgerliches Recht Band 21 S. 260 ff.

Kommentar der Reichsgerichtsräte = Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit bes. Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes, erläutert von Hoffmann, Erler, Burlage, Busch, Ebbecke, Kiehl, Schaffeld und Schmitt. I. Band. 2. Auflage. Berlin 1913.

Krahmer, Gegenseitige Verträge. Halle a. S. 1904.

Lammfromm, Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag. Leipzig 1897.

Levy, Die gemeinnützige Auflage. Heidelberger Diss. Borna-Leipzig 1910.

Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung. Im Archiv für die ziv. Praxis. Band 74, S. 213 ff.

Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung. Im Archiv für die ziv. Praxis. Band 79, S. 49 ff.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. 5. Auflage. Berlin 1910.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. II. Band. Breslau 1898.

Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. I. Band. Leipzig 1908.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. II. Band. Recht der Schuldverhältnisse. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Band. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Müller, Die gemischte Schenkung. In Iherings Jahrbuch. Band 48, S. 209 ff.

Nathan, Modus und Auflage im römisch-gemeinen und heutigen Obligationenrecht. Heidelberger Diss. Hamburg 1909.

Neugebauer, Die Auflage bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Breslauer Diss. Breslau 1904.

Oertmann, Entgeltliche Geschäfte. München 1912.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. II. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Auflage. Berlin 1910.

Ortloff, Die Schenkung. Im Archiv für Bürgerliches Recht. Band 21, S. 269 ff.

Pantenburg, Rechte des Schenkers, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, nach römischem Recht und dem Rechte des BGB. Rostocker Diss. Hillesheim 1901.

Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. III. Band. 1. Abteilung. Halle 1892.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Auflage. Lahr 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. II. Band. 3. Auflage. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. II. Band. Berlin 1898.

Saucke, Die Vollziehung der Auflage bei Schenkungen und Verfügungen von Todeswegen. Rostocker Diss. Rostock 1903.

Savigny, System des heutigen Römischen Rechtes. III. Band. Berlin 1840. IV. Band. Berlin 1841.

Schmitz, Rechtslage des Schenkers bei Nichterfüllung des auf die Schenkung gelegten Modus im gemeinen Recht und BGB. Erlanger Diss. Bonn a. Rh. 1902.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Auflage. Berlin 1904.

Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht. In Iherings Jahrb. Band 60, S. 106 ff.

Sgaslik, Die Auflage. Breslauer Diss. Breslau 1906.

Siegert, Die Auflage bei Schenkungen nach römischem und gemeinem Recht mit Berücksichtigung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Königsberger Diss. Königsberg 1906.

Skopnik, Begriffsmäßige Bestimmung der Schenkung unter bes. Berücksichtigung der Schenkung unter einer Auflage nach Deutschem Bürgerlichen Recht. Rostocker Diss. Eschwege 1911.

Sohm, Institutionen. 7. Auflage. Leipzig 1898.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staudinger, Kommentar zum BGB und dem EG. II. Band. 1. Teil, 7./8. Auflage. München und Berlin 1912.

Thibaut, System des Pandektenrechtes. Siebente Ausgabe. I. Band. Jena 1828.

Voigt, Über die Condictiones ob causam und über Causa und Titulus im Allgemeinen. Leipzig 1862.

Weirauch, Die gemischte Schenkung. In Gruchots Beiträgen. Jahrg. 48 S. 229 ff.

v. Wilmowski, Reichskonkursordnung. 6. Auflage. Berlin 1906.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes. I. Band. 9. Auflage. Frankfurt a. M. 1906.

Windscheid, Die Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

§ 1.

Einleitung.

Das BGB kennt keinen allgemeinen Auflagebegriff. Während es im Allgemeinen Teil die Auflage überhaupt nicht erwähnt, behandelt es die Schenkungsauflage getrennt von der des Erbrechts. §§ 525—27; §§ 1940, 2192—96. Ist dadurch schon rein äußerlich zu erkennen gegeben, daß unter dem gleichen Namen Verschiedenes enthalten ist, so zeigen sich in der besonderen Regelung der beiden Arten von Auflagen — bei in manchen Punkten gleicher oder wenigstens ähnlicher Gestaltung — derartige bedeutende sachliche Unterschiede, daß ihre Zusammenfassung unter einem gemeinsamen Begriff gefährlich, zum mindesten aber dogmatisch wie praktisch wenig wertvoll ist.[1]) Diese Unterschiede beruhen vor allem darauf, daß es sich bei der Schenkungsauflage um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, bei der erbrechtlichen Auflage um eine Verfügung von Todeswegen handelt, daß „der Charakter der Schenkungsauflage im Gegensatz zum Entgelt, zur Gegenleistung, der Charakter der Auflage des Erbrechts im Gegensatz zum Vermächtnis“ [2]) steht. Dies Letztere hat wiederum zur Folge,

---

[1]) Goldmann-Lilienthal I § 151 S. 539 Note 2; Haymann, Schenkung usw. S. 77 ff, S. 184; Kieffer S. 9, 10; Lammfromm S. 156, 172; Levy S. 2; Neugebauer S. 110; Oertmann II § 525 Anm. 1 S. 521; Planck II § 525 Anm. 1 S. 434; Siegert S. 12 Text und Note 50; Skopnik S. 17 Text und Note 26; Staudinger II, 1 § 525 Anm. II, 1 S. 815; — a. M. Beeg S. 47 ff (beachte jedoch S. 62 ff); Feigel S. 8 ff, insbes. S. 13; Kliebert S. 58, 119 (er will beide Auflagen als einseitige Nebengeschäfte auf die Dankespflicht des Begünstigten zurückführen); Saucke S. 22 ff; Sgaslik S. 14; Matthiaß S. 140 unter A.

[2]) Haymann, Schenkung usw. S. 184.

daß der durch die Auflage begünstigte Dritte bei der erbrechtlichen Auflage niemals (§ 1940), bei der Schenkungsauflage aber, sofern dies dem Parteiwillen entspricht, was im Zweifel anzunehmen ist (§ 330 Satz 2, vgl. § 527 Abs. 2),[3]) ein selbständiges Recht auf Erfüllung der Auflage hat.

Diese fundamentale Verschiedenheit der beiden Auflagen rechtfertigt es, jede gesondert zu betrachten. Die folgende Abhandlung wird sich lediglich mit der Schenkungsauflage befassen und auf die erbrechtliche Auflage nur dort zukommen, wo dies zum besseren Verständis jener notwendig ist.

---

[3]) Näheres unten § 7.

Erstes Kapitel.

Der Begriff der Schenkungsauflage.

§ 2.

Geschichtlicher Überblick.

Was unter einer Auflage bei Schenkungen zu verstehen ist, bestimmt das BGB nicht ausdrücklich.[1]) Die Motive[2]) sagen, „die gewählte Bezeichnung „Auflage" im Sinne von modus sei in der neueren Rechtssprache dergestalt eingebürgert, daß sowohl ihre Aufnahme als das Absehen von jeder Art von Definition keinem Bedenken unterliege".

Diese Begründung könnte den Anschein erwecken, der Begriff der Auflage sei im gemeinen Recht oder in den größeren Kodifikationen zu einer abschließenden, allgemein anerkannten Entwickelung gelangt, sodaß er einfach aus der Wissenschaft des früheren Rechts übernommen und aus ihm der speziellere Begriff der Schenkungsauflage gewonnen werden könnte.

Tatsächlich ist aber der Begriff der Auflage von jeher bis in die neueste Zeit lebhaft umstritten worden, nicht zum wenigsten zur Zeit der Entstehung des BGB. Zur Orientierung diene folgender Ueberblick.

---

[1]) Daß der nur auf erbrechtl. Auflagen bezügl. § 1940 für die Schenkungsauflage nicht in Betracht kommt, ist nicht mehr bestritten. Vgl. Planck II § 525 Anm. 1 S. 434; Staudinger II, 1 § 525 Anm. II, 1 S. 815; Ortloff S. 296 läßt die Frage offen.

[2]) Band II S. 299.

I. a) Im klassischen römischen Recht war der Begriff der Schenkungsauflage — ebenso wie der der erbrechtlichen Auflage — noch unentwickelt.[3]) Solange starrer Formalismus die Römer an dem Grundsatze festhalten ließ, daß formlose Verträge keine Obligation begründen, konnte aus der formlosen Zusage der Auflageerfüllung nicht geklagt werden. Der Schenker konnte — wenn er nicht den Ausweg der Bedingung wählen wollte — sich dadurch helfen, daß er das, was er dem Beschenkten auferlegen wollte, sich bei der Schenkung durch stipulatio versprechen ließ. Dann konnte er mit der actio ex stipulatu auf Erfüllung klagen.[4]) [5]) Als weiteres, mindestens indirektes [6]) Mittel zur Verwirklichung der Auflage bestand für den Schenker die Möglichkeit, daß er bei einer donatio, die dando erfolgte, mit dem Beschenkten die fiduciarische Abrede traf, es solle bei Nichterfüllung der Auflage das Eigentum an der geschenkten Sache auf ihn zurückübertragen werden. Er konnte dann für den Fall der Nichterfüllung der Auflage mit der actio fiduciae auf Rückübertragung des Eigentums dringen. Dieser Rechtsbehelf hatte allerdings außer der ausschließlichen Verwendbarkeit bei dando erfolgenden donationes noch den Nachteil, daß die actio fiduciae infamierende Wirkung [7]) hatte, ein Umstand, der bei dem zwischen Schenker und Beschenkten in der Regel be-

[3]) Mitteis S. 194, 196, 200 ff; Pernice S. 32 ff.

[4]) Erxleben S. 290; Haymann, Schenkung usw. S. 39 Text und Note 1 sowie die dort angezogenen Quellenstellen; Mitteis S. 202 unter 3a und Note 28; Voigt S. 710. a. E.

[5]) Hatte er jedoch kein abschätzbares Vermögensinteresse an der Auflageleistung, so ließ er sich zweckmäßiger für den Fall der Nichterfüllung Zahlung einer Strafe versprechen. Über die stipulatio als Strafgeding vgl. Pernice S. 147 und die dort angezogenen Quellenstellen D 45, 1, 122, § 2; D 11, 7, 11; Czyhlarz S. 157 unter 2; Sohm S. 369 unter 2.

[6]) Daß aus dem pactum fiduciae auch der Erfüllungsanspruch mit der actio fiduciae geltend gemacht werden konnte, ist in den Quellen mit Deutlichkeit nicht gesagt, wird aber wohl anzunehmen sein. Vgl. Mitteis S. 202 Text und Note 29; Pernice S. 131 oben.

[7]) Sohm S. 60 Note 10, S. 343; Czyhlarz S. 132.

stehenden nahen persönlichen Verhältnis oft von der Geltendmachung dieser actio abgehalten haben mag.[8])

Abgesehen von diesen Rechtsbehelfen kannte man zunächst eine besondere Erfüllungsklage aus der Auflage nicht. Nachdem aber der Grundsatz der Klagbarkeit eines unter unmittelbarer Bezugnahme auf eine zuvor empfangene Leistung abgegebenen formlosen Versprechens durchgedrungen war, wurde es dem Schenker gestattet, analog der für solche Fälle gegebenen actio praescriptis verbis auf Erfüllung der formlosen Auflageabrede zu klagen. Dies ist aber erst für die Zeit Diokletians nachweisbar.[9])

Einen Rückforderungsanspruch wegen Nichterfüllung der Auflage im Wege der Kondiktion kannte das klassische Recht nicht schlechthin, sondern nur für gewisse Fälle. Die Kondiktion war gegeben für den Fall schon zur Zeit der Schenkung bestehender oder erst nachträglich durch Zufall eintretender Unmöglichkeit der Auflageerfüllung.[10]) Dagegen war sie im allgemeinen versagt bei verschuldeter Nichterfüllung der Auflage; nur für den Fall, daß dem Beschenkten auferlegt war, sich des Erwerbes aus der Schenkung wieder zu entäußern, wurde sie dem Schenker ausnahmsweise gewährt.[11]) In diesem speziellen Falle wurde durch Reskripte unbekannter Kaiser auch dem begünstigten Dritten, an den der Schenkungsgegenstand der Auflage gemäß herausgegeben werden sollte, der Rückforderungsanspruch als actio utilis eingeräumt.[12])

---

[8]) Patenburg S. 12 ff; Heuser S. 19 ff; Neugebauer S. 88; Voigt S. 710 ff.

[9]) Mitteis S. 202 Text und Note 32. Die auf eine frühere Entstehung des Auflageerfüllungsanspruchs durch praescriptis verbis agere hinweisenden Stellen D 39, 5, 28; D 19, 5, 16 pr. werden mit Recht der Interpolation verdächtigt. Vgl. auch Haymann, Schenkung usw. S. 39, 40 Text und Note 2.

[10]) Mitteis S. 202 Text und Note 22.

[11]) Vgl. die grundlegenden, ausführlichen Untersuchungen bei Haymann, Schenkung usw. S. 124—139; Mitteis S. 201.

[12]) Mitteis S. 203 unter c und Note 34; Haymann, Schenkung usw. S. 154 ff, insbes. S. 158.

Hervorzuheben ist, daß die Schenkungsauflage im vorjustinianischen Recht den Charakter der Zuwendung als Schenkung durchaus unberührt läßt, daß insbesondere die Schenkung unter Auflage allen Regeln des Schenkungsrechtes untersteht, z. B. dem Verbot der Eheschenkung und der Insinuation.[13])

Bei der verschiedenartigen sachlichen Behandlung der Auflage ist das Fehlen eines terminus technicus in den klassischen Quellen nicht verwunderlich. Es finden sich im gleichen Sinne die Bezeichnungen lex, condicio, ferner die Konjunktionen ut und si und jedenfalls erst seit der früheren Kaiserzeit auch der Ausdruck modus, der vorher nur in anderer Bedeutung gebraucht wurde.[14])

b) Eine einheitlichere Gestaltung hat die Auflage erst im Justinianischen Recht erhalten, in dem sich das Bestreben zeigt, die Auflage bei Schenkungen und die des Erbrechts unter einem gemeinsamen Begriff zusammenzufassen. Hier findet sich auch zum ersten Male ein überwiegender Kunstausdruck, die in den zweifellos von den Kompilatoren herrührenden Titelüberschriften D 35, 1; C 6, 45; C 8, 54 enthaltene und in das gemeine Recht übernommene Bezeichnung modus.[15]) Als sachliche Neuerung bezüglich der Schenkungsauflage ist vor allem hervorzuheben, daß Justinian dem Schenker bei Ungehorsam des Auflagepflichtigen schlechthin eine Kondiktion auf Rückgabe des Geschenkten gab, die er in dem Kodextitel de condictione ob causam (C 4, 6) behandelte,[16]) und daß er darüber hinaus die Nichterfüllung der Schenkungsauflage für einen

---

[13]) D 24, 1, 59; fragmenta Vaticana 249, 3; Haymann, Schenkung usw. S. 47.

[14]) Mitteis S. 194, 195; Pernice S. 12 ff; jubere findet sich nur bei erbrechtlichen Auflagen.

[15]) Pernice S. 12 ff; Mitteis S. 202; Neugebauer S. 6, 7; Saucke S. 11 und 17.

[16]) Darüber, daß dieser Rückforderungsanspruch gleichwohl keine condictio ob rem im strengen Sinne war, vgl. Haymann, Schenkung usw. S. 124 ff.

besonderen Fall des Undankes erklärte,[17]) sodaß der Schenker propter ingratitudinem die Schenkung widerrufen konnte. Daneben verblieb natürlich dem Schenker als zunächst liegendes und in der Regel genügendes Zwangsmittel die Geltendmachung des Vollziehungsanspruchs durch praescriptis verbis agere.

II. In der Gestaltung des Justinianischen Rechtes ist die Moduslehre recipiert worden. Sie wurde im gemeinen Rechte zum Ausgangspunkte einer sehr umfangreichen Literatur, die die verschiedensten Meinungen über den modus hervorbrachte. Fassen wir die für die Schenkungsauflage wichtigsten Ansichten kurz ins Auge.

Die gemeinrechtliche Literatur des ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts suchte den Modusbegriff dadurch weiter zu fassen, daß er nicht nur bei unentgeltlichen Zuwendungen, sondern ganz allgemein auch bei entgeltlichen Geschäften möglich sein sollte, eine Annahme, die sich aus den Quellen keineswegs rechtfertigen läßt und für die auch kein Bedürfnis vorlag, da bei entgeltlichen Geschäften die Vorschriften über Leistung und Gegenleistung vollständig ausreichten. In dieser Erweiterung bezeichnete man den modus als finis oder Endzweck und teilte ihn in zwei Arten, den modus qualificatus und den modus simplex, je nachdem er den Interessen des Zuwendenden oder eines Dritten oder aber lediglich den Interessen des Begünstigten diente. Im letzteren Falle sollte der modus nur den Charakter eines wohlgemeinten Rates haben, also rechtlich unverbindlich sein. Der modus qualificatus sollte allein die Rechtswirkungen eines wirklichen modus erzeugen.[18]) Diese Unterscheidung entbehrt gleichfalls der quellenmäßigen Begründung und ist insofern recht bedenklich, als dadurch etwas sachlich durchaus Verschiedenes in die Moduslehre hineingebracht wird. Denn so berechtigt es ist, darauf hinzuweisen, daß die lediglich als wohlgemeinter Rat auf-

[17]) C 8, 55, 10 pr.

[18]) Glück IV § 336 S. 460—72, insbes. S. 465 Note 4; Thibaut I § 130 S. 102—104; Pernice S. 3, 4.

zufassende Abrede bei einer Zuwendung nicht die Wirkungen des modus haben kann, so gefährlich ist es, eine solche Abrede trotzdem als modus zu bezeichnen.[19]) Auch geht es nicht an, jedem nur im Interesse des Beschwerten liegenden „modus" jegliche rechtliche Wirksamkeit abzusprechen. Auf diesen Punkt werden wir in § 4 noch zurückkommen.

Von dieser Lehre stark beeinflußt ist das preußische Allgemeine Landrecht (1794), das den „Endzweck" in I, 4 §§ 152—162, I, 11 §§ 1053—1057 und I, 12 §§ 508—513 behandelt. Es hebt besonders (I, 4 § 152) den lediglich zu Gunsten des Belasteten angeordneten Endzweck hervor, mißt ihm aber eine über die Erteilung eines guten Rates hinausgehende Bedeutung bei, indem es für den Fall seiner Nichterfüllung oder seines Nichteintrittes die Rückforderung der Zuwendung schlechthin zuläßt (I, 4 §§ 154, 155), somit also letzten Endes auf eine datio ob rem hinauskommt. Den modus qualificatus setzt es als selbstverständlich und bekannt voraus. Sein Hinzutreten zu einer Zuwendung unter Lebenden soll diese im zweifelhaften Falle zu einem „lästigen" Vertrag machen (I, 11 § 1053).

Die Ausdehnung des Modusbegriffes auf entgeltliche Geschäfte sowie die Scheidung von modus qualificatus und modus simplex wurde später von den meisten Schriftstellern wieder fallen gelassen.[20])

Als man in dem Bestreben, zu systematisieren, einen Allgemeinen Teil schuf, versuchte man den modus mit der Bedingung und Befristung zusammen unter dem gemeinsamen Begriff der Nebenbestimmung einzuordnen. Diese Zusammenfassung war dem römischen Recht fremd[21]), gleichwohl findet sie sich in den meisten Pandektenlehrbüchern bis in die neueste Zeit. Das BGB hat jedoch eine solche Systematisierung des modus vollständig aufgegeben, was sich schon daraus erklärt, daß es, wie oben § 1 erwähnt, keinen

[19]) Vgl. Haymann, Schenkung usw. S. 24 ff; Neugebauer S. 16 ff; Pernice S. 4, 5.

[20]) Vgl. Pernice S. 4 Text und Note 4; Saucke S. 19.

[21]) Vgl. Pernice, S. 6 ff.

allgemeinen Auflagebegriff kennt. Es erübrigt sich deshalb für die Zwecke der vorliegenden Arbeit, die Berechtigung einer solchen Zusammenfassung nachzuprüfen. Man wird sie wohl auch für das gemeine Recht zu verneinen haben.[22])

Aehnlich steht es mit den Theorien Savignys und Windscheids. Savigny[23]) setzt an Stelle des Begriffes der Nebenbestimmung den engeren der „Selbstbeschränkungen des Willens" und faßt hierunter condicio, dies und modus zusammen. Der Umfang des Willens könne modificiert werden durch diese Beschränkungen, die er sich selber gibt. Wie Pernice (S. 9) mit Recht hervorhebt, liegt das Unrichtige dieser Konstruktion darin, daß der Wille mit dem Gewollten verwechselt wird. Nicht der Wille, sondern die Wirkung des Rechtsgeschäftes wird eingeschränkt.

Windscheid[24]) faßt den modus als eine Erscheinungsform des allgemeineren Begriffs der „Voraussetzung" auf, den er als Drittes neben condicio und dies stellt. Die Voraussetzung sei eine „unentwickelte Bedingung", nicht dasjenige, weswegen man gewollt habe, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde. „Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, will ebenfalls, wie derjenige, welcher eine bedingte Willenserklärung abgibt, daß die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse bestehen solle; aber er geht nicht dazu über, das Dasein der Wirkung von diesem Zustande der Verhältnisse abhängig zu machen. Die Folge davon ist, daß die gewollte rechtliche Wirkung besteht und fortbesteht, auch wenn die Voraussetzung ermangelt. Aber dem wahren, dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung entspricht dies nicht, und deswegen ist das Bestehen der rechtlichen Wirkung, obgleich formell gerechtfertigt, doch materiell ohne rechtfertigenden Grund. Infolge davon kann der durch

[22]) Haymann, Schenkung usw. S. 184; Pernice S. 9, 10.

[23]) Savigny, System III § 114 S. 99 unter 2, § 116 S. 120 ff, § 128 S. 226 ff.

[24]) Windscheid, Voraussetzung; derselbe Pandekten I §§ 97—100 S. 507 ff.

die Willenserklärung Beeinträchtigte sich sowohl durch Einrede gegen die aus derselben hergeleiteten Ansprüche schützen, als auch seinerseits einen Anspruch auf Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkung gegen denjenigen, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist, erheben." [25])

Diese Lehre von der Voraussetzung hatte viele Anhänger gefunden, die Mehrzahl der Schriftsteller jedoch hat sie bekämpft. Ihr hauptsächlichster Gegner ist Lenel. [26]) Er macht vor allem, m. E. mit Recht, geltend, daß diese „Voraussetzung" unmöglich vom bloßen Motive getrennt werden könne, vielmehr müsse jeder entscheidende Beweggrund als Voraussetzung angesehen werden. Wenn aber einmal eine lediglich in ihren Beweggründen getäuschte Partei zweiseitig bindend Festgestelltes einseitig anfechten könne, höre jede Sicherheit des Verkehrs auf. Ueberdies verkenne diese Lehre vollständig das Wesen der causa im römischen Recht.

Der Richtigkeit dieser Einwendungen haben sich auch die Schöpfer des BGB nicht verschließen können. Sie haben die Windscheidsche Voraussetzungslehre weder in ihrer Allgemeinheit noch als Grundlage eines einheitlichen Auflagebegriffes angenommen, und zwar, wie die Motive [27]) sagen, weil diese Lehre zur Zeit nicht diejenige Durchbildung und Anerkennung erfahren habe, die es unbedenklich erscheinen lasse, auf ihr gesetzgeberische Bestimmungen aufzubauen. [28])

In der neueren Zeit hat noch Dernburgs Begriffsbestimmung des modus die meisten Anhänger gefunden. Nach ihm [29]) ist der modus eine an eine Zuwendung geknüpfte „Auflage", deren Verwirklichung die Erreichung

[25]) Windscheid, Pandekten I § 97 S. 507, 510.

[26]) Vgl. Archiv für ziv. Praxis Band 74 S. 213 ff; Band 79 S. 49 ff.

[27]) Motive I S. 249.

[28]) Der erste Entwurf hatte allerdings noch in § 742 der Voraussetzungslehre eine ziemlich weitgehende Bedeutung eingeräumt, diese Bestimmungen wurden jedoch nicht in so allgemeiner Form in das Gesetz aufgenommen. Vgl. Entwurf I § 742 mit BGB § 812.

[29]) Dernburg, Pandekten I § 115 S. 271, 272.

eines Nebenzweckes bedeute. Der Hauptzweck sei die Zuwendung, sie bestimme den Charakter des Geschäftes. Diese Auffassung verdient m. E. den Vorzug vor allen anderen, wenn man überhaupt an einem allgemeinen Auflagebegriff festhalten will. Zwar erscheint sie für die praktische Verwendbarkeit fast zu allgemein gehalten, das erklärt sich aber eben aus der sachlichen Verschiedenheit der Schenkungsauflage von der des Erbrechtes.[30]) Bedenklicher erscheint es mir jedoch, daß nach der Dernburgschen Begriffsbestimmung es für das gemeine Recht unerklärt bleibt, warum die Kondiktion stets auf Rückgabe des ganzen Geschenkes geht, nicht nur auf Rückgabe des Geschenkes insoweit, als es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen, was doch allein dem Begriffe des Nebenzweckes entsprechen würde. Hier wird sich eine befriedigende Erklärung schwerlich finden lassen.

So haben wir gesehen, daß sich das gemeine Recht eingehend mit der Lehre vom modus befaßt hat, aber keineswegs zu einer anerkannten, in allen Punkten befriedigenden Begriffsbestimmung gelangt ist. Wir können daher auch nicht, wie schon zu Anfang dieses Paragraphen erwähnt ist, den spezielleren Begriff der Schenkungsauflage ohne weiteres dem gemeinen Rechte entlehnen.

Ebensowenig vermögen uns die größeren Kodifikationen eine Abgrenzung des Begriffes der Schenkungsauflage zu bieten. Während das preußische Allgemeine Landrecht, wie wir oben sahen, im Wesentlichen die ältere gemeinrechtliche Lehre vom modus als einen Endzweck aufgenommen hat, kennt der code civil (1804) die Auflage überhaupt nicht. Das bayerische Landrecht (1756)[31]), das badische Landrecht (1809)[32]) und das sächsische BGB (1863)[33]) enthalten wohl im Einzelnen Bestimmungen

[30]) Vgl. oben § 1.

[31]) Bayerisches Landrecht III, 3, 11; III, 8, 11.

[32]) Badisches Landrecht Art. 945, 949 ff, insbes. Art. 954; Art. 1043a.

[33]) Sächs. BGB §§ 1065, 1066; §§ 2151—54.

über den modus, einen allgemeinen Begriff haben sie aber nicht aufgestellt.

Wir müssen daher versuchen, an der Hand der Vorschriften des BGB den Begriff der Schenkungsauflage zu finden.

§ 3.

Die Auflage, eine Nebenabrede.

Die wenigen Bestimmungen, die das BGB über die Schenkung unter Auflage trifft (§§ 525—27), finden sich in dem die Schenkung behandelnden zweiten Titel des siebenten Abschnittes im zweiten Buche. Damit und durch das Fehlen einer das Gegenteil hervorhebenden Bestimmung, wie sie etwa das preußische Allgemeine Landrecht in I, 11, § 1053 enthält, ist zu erkennen gegeben, daß das Gesetz die Auflageschenkung ihrem vollen Umfange nach, nicht nur wenn und insoweit der Wert des Geschenkes den zur Erfüllung der Auflage nötigen Betrag übersteigt, als wirkliche Schenkung im Sinne des § 516 auffaßt. Es sind daher auch auf die Auflageschenkung außer den Sonderbestimmungen der §§ 525 ff. alle Vorschriften des Gesetzes über die Schenkung im Allgemeinen anzuwenden, so namentlich die über Zustandekommen (§ 516), Form (§ 518), Rückforderung wegen Notbedarfs (§ 528) und Widerruf (§§ 530 ff.).

Die Auflage ändert nicht den juristischen Charakter des Geschäftes, sie ist nur ein accidentale negotii, durch dessen Hinzutreten lediglich ein besonderer Fall einer Unterart von Schenkungen, der „eingeschränkten Schenkung",[1]) entsteht. Sie „knüpft an die Schenkung ein zweites Geschäft".[2]) Ihr Inhalt wird durch § 525 Abs. 1 dahin bestimmt: „Wer eine Schenkung unter einer Auflage macht, kann die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat." Die Auflage erzeugt also ein Schuldverhältnis, demzufolge der Beschenkte verpflichtet wird, eine Leistung zu bewirken, aber erst, wenn er die Zuwendung aus der

[1]) Janson, S. 14 ff.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht II, 2 S. 160 unter I, 2.

Schenkung erhalten hat. Dieses Schuldverhältnis kann nicht anders als durch Vertrag (§ 305)[3]) begründet werden, durch die Willenseinigung der Parteien, daß der Beschenkte seinerseits etwas leisten solle. Die Auflage muß daher dem Beschenkten gegenüber vor oder wenigstens bei der Schenkung erklärt werden. Regelmäßig wird die Zustimmung des Beschenkten in der Annahme der Schenkung zu erblicken sein. Geht der Wille der Parteien nicht dahin, den Beschenkten zu *verpflichten*, so kann eine Auflage nicht zustande kommen. Es wird sich dann nur um einen wohlgemeinten Rat, einen Wunsch oder die bloße Angabe des Beweggrundes seitens des Schenkers handeln.

Demnach erscheint die Auflage als eine den Beschenkten zu einer vom Vollzuge der Schenkung abhängigen Leistung verpflichtende Abrede, die im Hinblick darauf, daß sie den Charakter der Schenkung nicht berührt, an rechtlicher Bedeutung also hinter dieser zurücktritt, zweckmäßig als eine Nebenabrede zu bezeichnen ist. Zugleich soll mit dieser Bezeichnung zum Ausdruck gebracht werden, daß es sich um eine selbständige,[4]) „neben" dem Schenkungsvertrage bestehende Abrede handelt. Allerdings ist diese nicht derart selbständig, daß sie bei Nichtigkeit der Schenkung ohne diese fortbestehen könnte, — vielmehr wird sie beim Wegfalle dieses ihres Grundgeschäftes, dem sie „aufliegt", selbst nichtig — wohl aber selbständig insofern, als sie nicht, wie Bedingung und Befristung, mit der Schenkung in untrennbarem Zusammenhang steht.[5]) Nichtigkeit der Auflage hat nicht ohne Weiteres auch Nichtigkeit der Schenkung zur

[3]) Crome II § 232 S. 518; Cosack I § 140 S. 572 unter I, 1; Endemann I § 47 S. 207 Note 1 Satz 2; Goldmann-Lilienthal I § 151 S. 539 Note 1; Haymann, Schenkung usw. S. 90 Text und Note 1; Lammfromm § 30 S. 155; Komm. der RGR I Anm. 8 zu § 516 S. 510; — a. M. Kliebert S. 45 ff, der in dem Bestreben, für die Schenkungsauflage und die erbrechtliche Auflage einen gemeinsamen Begriff zu rechtfertigen, die Schenkungsauflage als eine einseitige Erklärung des Schenkers auffaßt.

[4]) Endemann I S. 1030 Note 27; Ortloff S. 296, S. 328.

[5]) Motive II S. 299.

Folge.[6]) Des Weiteren zeigt sich die Nebengeschäftsnatur der Auflage in der eigenartigen Beschränkung des später (§ 9) zu behandelnden Rückforderungsrechtes des Schenkers aus § 527.

Durch ihre Selbständigkeit im obigen Sinne, ihre verpflichtende Wirkung einerseits und das Fehlen einer aufschiebenden Wirkung anderseits unterscheidet sich die Auflage wesentlich von der Suspensivbedingung. Der bekannte Satz Savignys:[7]) „Die Bedingung . . . suspendiert, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendiert aber nicht" gilt auch für das BGB.[8])

§ 4.

Der sog. modus simplex.

Wie wir im vorhergehenden Paragraphen gesehen haben, ist Inhalt der Schenkungsauflage die Verpflichtung des Beschenkten zu einer Leistung, und zwar zu einer Leistung irgendwelcher Art, da das Gesetz keine einschränkenden Bestimmungen hierüber trifft. Gegenstand der Auflageleistung kann daher alles sein, was überhaupt Gegenstand einer Leistung sein kann,[1]) ein Tun oder Unterlassen (§ 241), eine Leistung mit oder ohne Vermögenswert, eine Leistung zu Gunsten des Schenkers, im Interesse Dritter oder individuell nicht bestimmter Empfänger.[2])

[6]) Ortloff S. 328; vgl. das Nähere unten § 9a, E.

[7]) Savigny, System III S. 231.

[8]) Dieser Satz läßt sich auch für den Unterschied zwischen der auflösenden Bedingung und der auf ein Unterlassen gerichteten Auflage dahin erweitern, daß man sagt: Die Bedingung resolviert (wirkt dinglich, § 158 Abs. 2), zwingt aber nicht, die Auflage zwingt, resolviert aber nicht. — Ob übrigens Bedingung oder Auflage vorliegt, ist Tatfrage, zu deren Entscheidung man sich nicht auf die Form („wenn", „damit") verlassen kann, vielmehr den wahren Willen der Parteien zu erforschen suchen muß. Im Zweifel wird man sich für die Auflage als die wenigstens den Bestand des Rechtsgeschäfts sichernde Nebenabrede entscheiden.

[1]) Vgl. hierzu auch den folgenden Paragraphen.

[2]) Hoeniger S. 253 ff, insbes. S. 267, will nur die letztere Gruppe von Leistungen als möglichen Inhalt der Auflage gelten lassen.

Dagegen kann eine Abrede, die lediglich den Interessen des Beschenkten zu dienen bestimmt ist, der sog. modus simplex des gemeinen Rechts, nicht als Auflage im Sinne der §§ 525 ff. gelten. Diese Einschränkung ist zwar vom Gesetz nicht ausdrücklich erklärt, ergibt sich aber aus der von ihm betonten obligierenden Wirkung der Auflage, daß der Beschenkte zu einer Leistung verpflichtet wird. Nun kann es aber gewiß nicht als Verpflichtung zu einer Leistung angesehen werden, wenn der Beschenkte nur gehalten sein soll, seinen eigenen Interessen zu dienen, z. B. eine Erholungsreise zu machen oder sich einen Anzug anfertigen zu lassen. Wie Endemann (I S. 1033 Note 34 Abs. 2) und vor allem Haymann (Schenkung usw. S. 24 ff.) mit Recht hervorheben, wird in solchen Fällen dem Beschenkten überhaupt keine Leistung vorgeschrieben. Denn „Leistung ist ein Verhalten, das von den Parteien als Mittel zur Förderung der Zwecke eines anderen gedacht wird.[3]) — Leisten heißt in den Dienst der Zwecke eines anderen treten.“[4]) Das ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem Inhalte eines Schuldverhältnisses im Allgemeinen, wie ihn § 241 bestimmt. Diesem Erfordernisse einer den Interessen des Schuldners selbständig gegenüberstehenden Interessensphäre des Gläubigers wird dadurch noch nicht genügt, daß der Schenker nur die Zwecke des Beschenkten gewissermaßen zu den seinigen macht und um der Erfüllung dieser Zwecke willen dem Beschenkten fordernd gegenübertritt.[5]) Es fehlt dann eben ein selbständiges Interesse des Schenkers, dem der Beschenkte dienen soll.

Enthält aber eine ausschließlich zu Gunsten des Beschenkten getroffene Anordnung überhaupt keine Verpflichtung zu einer Leistung, so können die §§ 525—27 keine Anwendung finden. Denn die Verpflichtung zu einer Leistung ist nicht nur Voraussetzung des Erfüllungsanspruches aus

[3]) Haymann, Schenkung usw. S 24, 25.

[4]) Haymann a. a. O. S. 28. Vgl. hierzu auch Endemann I S. 630/631 Text und Note 14.

[5]) Haymann a. a. O. S. 28.

§ 525, sondern auch des Rückforderungsanspruches aus § 527, was z. B. daraus hervorgeht, daß der hier durch Verweisung auf die Vorschriften über die Voraussetzungen des Rücktrittsrechtes bei gegenseitigen Verträgen in Bezug genommene § 283 nur bei Verpflichtung des Schuldners zu einer Leistung angewandt werden kann.[6])

Die herrschende, dem Standpunkte der Motive[7]) folgende Meinung[8]) hält allerdings auch eine lediglich zu Gunsten des Beschenkten getroffene Abrede als wirkliche Auflage im Sinne der §§ 525 ff. für möglich, wennschon die meisten Schriftsteller zugeben, daß solche Fälle außerordentlich selten seien, weil die nur den Interessen des Beschenkten selbst dienende Anordnung meist lediglich als ein unverbindlicher Rat oder Wunsch aufzufassen sei. Diese Ansicht faßt m. E. den Begriff der Leistung zu weit, sie ist offenbar von der dem römischen Rechte fremden gemeinrechtlichen Lehre vom modus simplex insofern ungünstig beeinflußt, als die Bezeichnung modus zu der Annahme verführt hat, es handele sich bei diesen Fällen um eine echte Auflage.

Kann auch nach der oben vertretenen Meinung[9]) eine nur zu Gunsten des Beschenkten getroffene Anordnung niemals eine wirkliche Schenkungsauflage sein, so ist damit keineswegs gesagt, daß sie jeder Rechtswirksamkeit entbehre. Gewiß kann und wird dies ja wohl meistens der Fall sein, wie auch die herrschende Meinung annimmt. Dann liegt nur ein Wunsch, ein wohlgemeinter Rat oder auch die Angabe des Beweggrundes zur Schenkung vor. Doch ist es auch denkbar, daß der nur zu Gunsten des Beschenkten getroffenen Bestimmung nach der Parteiauffassung insofern rechtliche

[6]) Vgl. Planck II § 525 Anm. 2b S. 435.

[7]) Motive II S. 300.

[8]) So sämtliche Systematiker und Kommentatoren des BGB mit Ausnahme Endemanns (I S. 1032 Note 34 Abs. 2) und Oertmanns (II § 525 Anm. 3c S. 523 oben).

[9]) Derselben Meinung sind außer Haymann (a. a. O. S. 24 ff, S. 140, 151, Grenzziehung usw. S. 1.9 ff) und den in Note 8 Genannten: Hoeniger S. 255—58; Kieffer S. 31 ff; Nathan S. 122; Neugebauer S. 29 ff; Saucke S. 50 ff.

Bedeutung zukommen soll, als deren Verwirklichung der nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg ist. Tritt dieser Erfolg nicht ein, so hat der Schenker — abgesehen von den Fällen, daß der Eintritt dieses Erfolges von Anfang an unmöglich war und der Schenker dies gewußt hat oder daß der Schenker den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat (§ 815) — gemäß §§ 812 Abs. 1 Satz 2, 818—820 einen Rückforderungsanspruch, der - - im Gegensatz zu dem später noch zu erörternden beschränkten Rückforderungsanspruche aus § 527 [10]) — regelmäßig die gesamte Zuwendung aus der Schenkung ergreift und der, ebenfalls im Gegensatz zu dem Anspruche aus § 527, unabhängig davon ist, ob der Beschenkte den Nichteintritt des bezweckten Erfolges verschuldet hat oder nicht. [11]) Dagegen hat der Schenker keinen Anspruch gegen den Beschenkten auf Mitwirkung zur Erreichung des bezweckten Erfolges, weil eben keine Verpflichtung zu einer Leistung besteht.

Natürlich ist es auch möglich, daß die zu Gunsten des Beschenkten getroffene Bestimmung sich als aufschiebende oder auflösende Bedingung der Schenkung darstellt.

Ob nun die nur zu Gunsten des Beschenkten getroffene Bestimmung rechtlich nicht verbindlich, also nur ein Wunsch, ein Rat oder die Angabe des Beweggrundes oder aber ob sie rechtswirksam ist und die Schenkung entweder zu einer Zweckschenkung oder zu einer bedingten Schenkung macht, ist Tatfrage. Das persönliche Verhältnis zwischen Schenker und Beschenkten sowie der Inhalt der Bestimmung werden

[10]) Vgl. unten § 9.

[11]) So auch Haymann a. a. O. S. 38, 39; Nathan S. 122; Neugebauer S. 30; in der Hauptsache auch Oertmann (II § 527 Anm. 3c S. 523 oben). Sein Bedenken, daß meist nur ein Nebenzweck in Frage stehe und deshalb die Kondiktion aus § 812 ausgeschlossen sein werde, vermag ich nicht zu teilen. Ist der sog. modus simplex keine wirkliche Auflage, so handelt es sich auch nicht nur um einen Nebenzweck, er ist vielmehr da, wo er nach der Parteiabsicht rechtswirksam sein soll, Endzweck und macht die Schenkung zu einer Zweckschenkung. Vgl. auch Janson S. 28 ff.

wertvolle Anhaltspunkte für die Entscheidung sein. Schenkt ein Vater seinem studierenden Sohne eine goldene Uhr mit dem Hinzufügen, er möge nun aber auch recht fleißig arbeiten, so liegt nur ein unverbindlicher Wunsch, ein wohlgemeinter Rat vor. Dagegen wird man eine Zweckschenkung anzunehmen haben, wenn ein reicher Wohltäter einem armen, lungenkranken Steinbruchsarbeiter 1000 Mark schenkt mit der Erklärung, er möge nun einen halbjährigen Kuraufenthalt in einer Lungenheilanstalt nehmen.

Die obigen Ausführungen beziehen sich nur auf solche Fälle, wo die der Schenkung beigefügte Bestimmung *ausschließlich* zu Gunsten des Beschenkten getroffen ist. Es ist aber auch möglich, daß die getroffene Parteiabrede gleichzeitig auch den eigenen, selbständigen Interessen des Schenkers oder eines Dritten dienen soll. Dann handelt es sich nicht um einen modus simplex, sondern um echte Schenkungsauflage, weil dann der Beschenkte zu einer Leistung an den Schenker oder einen Dritten verpflichtet wird.[12]) So z. B. wenn ein Grundstückseigentümer, der in seinem Garten Gemüse baut, seinem die Geflügelzucht betreibenden, ihm befreundeten Nachbar, auf dessen Grundstücke sich viel Mäuse eingenistet haben, 500 Mark mit der Abrede zum Geburtstage schenkt, er solle auf seinem Grundstücke in den nächsten zwei Jahren ständig vier Katzen halten. Diese Abrede dient einmal den Interessen des Beschenkten, denn durch das Abnehmen der Mäuseplage erspart er an Geflügelfutter das, was sonst die Mäuse fraßen, ferner aber verfolgt sie auch ein selbständiges Interesse des Schenkers, in dessen Gemüsegarten nun die Mäuse weniger Unheil anrichten. Unterläßt es der Geflügelzüchter, sich die vier Katzen zu halten, so kann der Schenker aus § 525 auf Erfüllung der Auflage klagen und seinen Nachbar mit den Zwangsmitteln der Zivilprozeßordnung zur Befolgung des Urteiles anhalten.

[12]) Haymann (a. a. O. S. 28 ff) nimmt in solchen Fällen nicht Schenkungsauflage, sondern Gegenleistung an. Vgl. hierzu den folgenden Paragraphen.

§ 5.

Auflage und Gegenleistung.

Da die Schenkungsauflage den Beschenkten zu einer Leistung verpflichtet, erscheint es auf den ersten Blick verwunderlich, daß trotzdem eine wirkliche Schenkung, nicht ein gegenseitiger Vertrag, auch keine mit einem gegenseitigen Vertrage vermischte Schenkung vorliegen soll. Stehen doch, besonders wenn es sich um eine Auflage zu Gunsten des Schenkers handelt, Leistung des Schenkers und Auflageleistung des Beschenkten sich in ganz ähnlicher Weise gegenüber wie Leistung und Gegenleistung im gegenseitigen Vertrag, sodaß das hauptsächlichste Erfordernis der Schenkung, die vertragsmäßige Unentgeltlichkeit der Zuwendung, zu entfallen scheint.

Daß aber gleichwohl das Gesetz die Auflageschenkung im vollen Umfange als wirkliche Schenkung aufgefaßt wissen will,[1]) geht zweifelsfrei daraus hervor, daß es die Auflageschenkung unter dem Gesichtspunkte der Schenkung behandelt,[2]) und daß die Sonderbestimmungen der §§ 525—27 erheblich von dem Rechte der gegenseitigen Ver-

[1]) So die durchaus herrschende Meinung; abweichend Hoeniger S. 254 ff; Lammfromm S. 165, 166. Nach Lammfromm ist die modale Schenkung „neben ihrem Schenkungszweck ein Tauschvertrag im weiteren Sinn, ein Synallagma, ein gegenseitiger, ein entgeltlicher Vertrag". Hoeniger meint, wirkliche Schenkung liege nur bei Auflagen ohne Rechtssubjekt als Empfänger der Auflageleistung vor (S. 264 ff), dagegen seien alle anderen gewöhnlich als Auflageschenkungen aufgefaßten Verträge voll oder teilweise entgeltliche Geschäfte, sie würden mit den durch diese Einordnung gegebenen Normen in jeder Beziehung ausreichend geregelt, und ihre Einordnung in die Kategorie der Auflage habe keinen Wert. Hoeniger kommt also letzten Endes auf Savignys Konstruktion der donatio sub modo als eines negotium mixtum cum donatione hinaus. (Vgl. Hoeniger S. 263 mit Savigny, System IV § 154 S. 103, 104; § 175 S. 280 ff). Die Unhaltbarkeit der Ansichten Lammfromms und Hoenigers ergibt sich aus den oben im Text folgenden Ausführungen. Gegen Hoeniger insbes. vgl. auch Oertmann, Entgeltliche Geschäfte S. 57, 58.

[2]) Vgl. oben § 3 S. 12 ff.

träge abweichen. Nach § 527 kann, wie unten [3]) noch näher ausgeführt werden wird, der Schenker z. B. bei nachträglicher, vom Beschenkten zu vertretender Unmöglichkeit der Auflageleistung die Zuwendung nur insoweit zurückfordern, als sie zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen, also unter Umständen, wenn die Auflageleistung gar keine Aufwendungen erforderte, überhaupt nicht. Das Rückforderungsrecht ist also in diesem Falle beschränkt, während beim gegenseitigen Vertrage (vgl. § 325) eine solche Beschränkung nicht eintritt. Wäre die Auflageschenkung ein gegenseitiger Vertrag, so würde bei nachträglicher, vom Beschenkten nicht verschuldeter Unmöglichkeit der Auflageleistung in Ermangelung einer Sonderbestimmung § 323 anzuwenden sein, sodaß der Schenker gemäß Abs. 3 die ganze Zuwendung zurückfodern könnte. Es wäre aber widersinnig, wenn der Beschenkte bei nicht zu vertretendem Unmöglichwerden der Auflageleistung das ganze Geschenk herausgeben müßte, während er im Falle der von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit in der Regel wenigstens einen Teil, mitunter aber das ganze Geschenk behalten könnte. Auch die Sprache des Gesetzes in § 527 „. . . . so kann der Schenker die Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen . . . . insoweit fordern . . . .“ weist unverkennbar auf die begriffliche Verschiedenheit zwischen Auflageschenkung und gegenseitigem Vertrag hin. Denn wenn das Gesetz die Schenkungsauflage als gegenseitigen Vertrag auffaßte, wäre es höchst überflüssig, für das Rückforderungsrecht in bestimmten Fällen noch ausdrücklich die für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen notwendigen Voraussetzungen zu fordern. Gerade daraus, daß das Gesetz nur einzelne Vorschriften über die gegenseitigen Verträge auf die Auflageschenkung angewandt wissen will, gibt es seinen Standpunkt deutlich zu erkennen.

[3]) Vgl. unten § 9.

Während uns also das Gesetz darüber nicht im Zweifel läßt, daß die Auflageschenkung kein gegenseitiger Vertrag ist, gibt es keine bestimmte Antwort auf die Frage, wie sich die Auflage von der Gegenleistung unterscheidet. Diese der Wissenschaft überlassene Frage ist vielfach erörtert worden und hat verschiedene Beantwortungen gefunden.

Die herrschende Meinung[4]) geht davon aus, daß Leistung und Gegenleistung gleichwertig, Aequivalente sein und als solche gegeneinander ausgetauscht werden müssen. Dabei ist unter Gleichwert nicht Gleichheit des objektiven Tauschwertes zu verstehen, sondern nur Gleichwertigkeit nach der subjektiven Vertragsauffassung der Parteien, sodaß jede Leistung je einen Ausgleich für die andere bilden soll, mag auch ihr wirklicher Wert verschieden, ja die eine oder die andere Leistung oder selbst beide überhaupt ohne Vermögenswert sein. Liegt Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in diesem Sinne vor, so handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag; soll dagegen die vom Empfänger einer Gabe zu bewirkende Leistung nach der Vertragsauffassung der Parteien kein Aequivalent der Gabe, auch kein teilweises, darstellen, so liegt Schenkung unter Auflage vor.

---

[4]) Cosack, Anfechtungsrecht § 26 S. 134 ff; derselbe Lehrbuch I § 52 I 5c α und β S. 150, § 140 I, 1 S. 572; Crome I § 75 S. 330, II § 167 S. 165, § 230 S. 508 unter α; Jaeger, Gläubigeranfechtung § 3 Anm. 43 S. 174; derselbe K. O I § 17 Anm. 1 und 2 S. 188, § 31 Anm. 22 S. 399, § 32 Anm. 1 S. 405/406; Kohler I § 246 II, 2 S. 553; Matthiaß § 58 VII unter B S. 140, § 112 V Note 1 S. 297; Müller in Jher. Jahrb. Band 48 S. 210, 235; Oertmann II Vorbem. zu §§ 320 ff unter 2c S. 180, §525 Anm. 3a S. 522; Petersen-Kleinfeller § 32 Anm. 3 S. 179; R. G. Bd. 60 S. 241, Bd. 62 S. 275 ff, Bd. 81 S. 368 (vgl. auch Komm. der RGR. I § 516 Anm. 4 S. 509, § 525 Anm. 1 S. 515); Schreiber in Jher. Jahrb. Bd. 60 S. 179 ff; Stammler S. 85, 86; Staudinger II, 1 § 525 Anm. Id S. 815; Weirauch in Gruchots Beitr. Jahrg. 48. S. 232; v. Wilmowski KO § 32 Anm. 2 S. 164; Zitelmann S. 130 unter a) 1.

Im engsten Zusammenhange mit dieser Lehre steht die Ansicht[5]), es sei für den Begriff des gegenseitigen Vertrages charakteristisch, daß jede Partei die vom Gegner geforderte Leistung höher werte als die eigene, „daß dasjenige, was jeder erhält, ihm wertvoller ist als das, was er gibt",[6]) und daß gerade aus dieser Ueberzeugung heraus der Austausch der Leistungen stattfinde. Die Auflageleistung unterscheidet sich danach von der Gegenleistung dadurch, daß der Schenker in ihr nicht eine gegenüber seiner Gabe höherwertige Leistung erblickt, die er gegen seine Gabe austauschen möchte, daß vielmehr die Parteien von der Vorstellung ausgehen, die Auflage bleibe an Wert hinter der Zuwendung zurück.

Gegen diese Werttheorieen hat sich in neuerer Zeit namentlich Haymann[7]) gewandt. Er hält sie zur Scheidung von Gegenleistung und Schenkungsauflage für unbrauchbar. Nach ihm „lassen sie darüber im Unklaren, unter welchen Geschäftstyp ein Vertrag fällt, der zwar beiden Teilen Leistungen auferlegt, aber ohne daß die Parteien hierbei die Vorstellung von dem gleichen oder dem höheren Wert der zu ihren Gunsten normierten Leistung hätten".[8]) Sei es nicht ein gegenseitiger Vertrag, wenn jemand auf das Drängen eines Freundes diesem eine für ihn selbst schwer entbehrliche Sache gegen Vergütung der Anschaffungskosten ablasse, oder wenn jemand einen für ihn völlig wertlosen Gegenstand unter Entrichtung des von dem Eigentümer geforderten, vielleicht zu hohen Preises übernehme, ausschließlich zu dem Zwecke, um dem Veräußerer eine Unterstützung zu gewähren, seiner Zudringlichkeit zu entgehen usw? Ferner könne, wennschon die Aequivalenz der Leistungen nach der Schätzung der Parteien fehle, nach diesen Theorieen nicht unterschieden werden, ob dann Schenkung unter Auflage

[5]) Ihering I S. 93 ff; Krahmer S. 28 Note 3; Lammfromm § 14 S. 52 ff, insbes. S. 61.

[6]) Ihering I S. 93.

[7]) Haymann, Schenkung usw. S. 12 ff.

[8]) Haymann a. a. O. S. 16.

oder ein negotium mixtum cum donatione vorliege.[9]) Das Entscheidende für die Abgrenzung von Gegenleistung und Schenkungsauflage sei vielmehr darin zu erblicken, daß für den Begriff des gegenseitigen Vertrages wesentlich nur der Wille sei, die Gabe — ganz oder geteilt — nicht ohne die Anforderung einer Gegenleistung zu gewähren,[10]) daß beim Synallagma die Parteien das jedem Teil obliegende Verhalten als Leistung an den anderen Teil anerkennen und jedweder Handlung im gleichen Sinne Bedeutung für die Interessen des Gegners zuerkennen, daß dagegen bei Schenkung unter Auflage der Leistung des Beschenkten von den Parteien nicht die gleiche Bedeutung für die Interessen des Schenkers beigemessen werde wie der Leistung des Schenkers für die Interessen des Beschenkten. Nach der Auffassung der Parteien beschränke sich die Aufgabe der Schenkungsauflage stets darauf, dem Zuwendenden etwas zurückzubringen, was er ohne die Zuwendung nicht verloren hätte. Die Einbuße, welche die Zuwendung für den Geber notwendig zur Folge habe, auf das rechte Maß zurückzuführen, die Gabe in irgendwelcher Hinsicht wieder einzuschränken, darin bestehe die Aufgabe der Auflage.[11]) Hinsichtlich ihrer Aufgabe stehe sie also der Schenkungszuwendung nicht, wie die Gegenleistung der Leistung, selbstständig, koordiniert gegenüber, sondern sie empfange erst durch die Zuwendung ihre Bedeutung für die Interessen des Schenkers.

Dieser Auffassung Haymanns hat sich Oertmann — nachdem er sie allerdings zunächst bekämpft hatte[12]) — im Großen und Ganzen in seiner Schrift „Entgeltliche Ver-

---

[9]) Haymann, Schenkung usw. S. 67.

[10]) Haymann, Schenkung usw. S. 17, 21, 57; Derselbe, Grenzziehung usw. in Jher. Jahrb. Band 56 S. 93; ähnlich auch Enneccerus-Kipp I, 2 S. 323 unter 6.

[11]) Haymann, Schenkung usw. S. 57, 58; Derselbe in Jher. Jahrb Bd. 56 S. 119; ganz wie Haymann Nathan S. 30 ff, S 35 ff.

[12]) Oertmann II Vorbem. zu §§ 320 ff unter 2c S. 180, § 525 Anm. 3a a. E. S. 522.

träge" angeschlossen. Auch er verwirft aus den Gründen Haymanns die Gleich- und die Mehrwerttheorie [13]) und findet ebenso wie dieser, nur unter stärkerer Betonung des objektiven Gesichtspunktes, den Unterschied zwischen Gegenleistung und Schenkungsauflage darin, daß jene eine selbstständige Leistung irgendwelcher Art sei, diese jedoch allein dann vorliege, wenn der Geber seiner Zuwendung nur eine bloße Einschränkung beifüge, [14]) also eine Leistung vom Beschenkten fordere, die nur erst aus der Zuwendung selbst entnommen werden könne. Freilich dürfe man den Satz, die Auflage enthalte nichts als eine Einschränkung der Gabe, nicht allzu buchstäblich verstehen. Keineswegs müßten gerade die zugewendeten Gegenstände selbst den Gegenstand der Auflageleistung bilden. Bei vertretbaren Sachen sei dies ohne Weiteres klar. Aber weiter müsse auch statthaft sein, daß dem Empfänger eines bestimmten, vertretbaren oder unvertretbaren Gegenstandes eine Geldleistung als Auflage zugemutet werde. Es sei berechtigt, von der konkreten Brauchbarkeit des geschenkten Gegenstandes zu abstrahieren und ihn in Gedanken auf den neutralen Wertträger „Geld" zurückzuführen; die Gabe erscheine bei dieser Betrachtungsweise wie das Geld selbst, von dem sie eine bestimmte Summe darstelle, als ein abstraktes Wertquantum. Werde der Empfänger verpflichtet, von diesem abstrakten Wertquantum einen Teil in Form des neutralen Wertträgers Geld in einer bestimmten Weise zu verwenden, so bedeute das danach nichts als eine Minderung der Gabe. Aber keineswegs gelte auch das Umgekehrte: zwar könne man sagen, daß mit einem konkreten Gebrauchswert mittelbar auch das entsprechende Quantum abstrakten Tauschwertes dem Empfänger zufließe, dagegen sei es widersinnig, anzunehmen, daß mit dem abstrakten Tauschwertquantum „Geld" zugleich ein Träger von besonderem Gebrauchswert ihm zugewendet werde. Das Geld enthalte zwar Anweisungen auf

[13]) Oertmann, Entgeltl. Gesch. S. 46 ff.
[14]) Oertmann a. a. O. S. 52 ff, S. 59.

den Erwerb beliebiger konkreter Wertträger in der seinem Betrage entsprechenden Höhe, aber gerade wegen dieser allgemeinen, nicht begrenzten Verwendungsmöglichkeit erscheine es als widersinnig, jedweden mit dem Gelde zu erwerbenden Gegenstand als bereits implicite in dem vorhandenen Geldquantum enthalten anzusehen. Darum könne es nicht als eine bloße Minderung der Zuwendung von Geld aufgefaßt werden, wenn dem Empfänger die Leistung anderweiter Güter angesonnen werde. Anders freilich liege es, wenn die Auflage nur darin bestehe, daß gerade mit dem zugewendeten Gelde selbst oder aus dem Erlös des zugewendeten, zu veräußernden Gegenstandes etwas angeschafft und im Sinne einer Auflage geleistet werden solle. Eine solche bloße Verwendungspflicht wegen der Zuwendung mindere diese nur, stelle ihr nicht eine selbständige Gegenleistung gegenüber.[15])

Diese Ausführungen Haymanns wie Oertmanns erscheinen mir in mehrfacher Hinsicht bedenklich. Besteht nach Haymann die vertragsmäßige Aufgabe der Schenkungsauflage nur darin, dem Schenker etwas zurückzubringen, was er ohne die Zuwendung nicht verloren hätte, so scheiden zwar nicht, wie Siegert[16]) meint, alle die Fälle aus der Kategorie der Auflageschenkung aus, bei denen die Verpflichtung nicht in einem Tun oder Lassen des Beschwerten inbezug auf den Gegenstand der Zuwendung besteht — denn Haymann erkennt auch solche Fälle von Schenkungsauflagen an, wo die Verpflichtung des Beschwerten nicht gerade die durch den Verlust des zugewendeten Gegenstandes erlittene Einbuße auf das rechte Maß zurückführen soll, sondern eine weitere Einbuße, die erst durch die Ausscheidung des zugewendeten Gegenstandes aus dem Vermögen des Gebers eintritt, „sei es infolge der natürlichen Beschaffenheit der veräußerten Sache, sei es infolge besonderer Rechts-

[15]) Oertmann a. a. O. S. 54, 55 Text und Note 26.

[16]) Siegert S. 28.

beziehungen".[17]) Immerhin müssen aber nach Haymanns Ansicht noch zahlreiche Tatbestände als entgeltliche Verträge aufgefaßt werden, die nach der herrschenden Meinung als Schenkung unter Auflage zu gelten haben und denen man diesen Charakter kaum absprechen kann, will man nicht zu unbefriedigenden praktischen Ergebnissen kommen. Solche Fälle führt Siegert S. 28 auf: A schenkt dem Städter B sein Landgut mit der Auflage, daß B seinen in der Stadt gelegenen Garten wöchentlich einmal dem Publikum öffne; A schenkt dem Fiskus seine Begüterung mit der Auflage, daß der Fiskus an einem bestimmten Tage im Jahre Eisenbahnfahrkarten dorthin zu ermäßigtem Preise ausgebe, um dem Publikum den Besuch einer auf dem Gute befindlichen geschichtlich denkwürdigen Stelle zu erleichtern; A schenkt dem B 10 000 Mark mit der Auflage, daß B einen ihm bereits gehörenden Familienschmuck nicht veräußere. Diese Beispiele lassen sich leicht noch vermehren. Daß es sich hier immer um entgeltliche Geschäfte handeln soll, dürfte schwerlich dem wahren Willen der Parteien entsprechen. Ueberdies wäre es höchst unbillig, in solchen Fällen dem Geber die für Schenkungen in §§ 521—24, 526 normierte mildere Haftung zu versagen, ihn vielmehr nach den für entgeltliche Geschäfte geltenden strengeren Vorschriften haften zu lassen. Ferner könnte Haymanns Auffassung leicht zur bequemen Handhabe für Gesetzesumgehungen werden. Der Schenker könnte z. B., um der für unentgeltliche Verfügungen geltenden verschärften Gläubigeranfechtung zu entgehen, dem Empfänger seiner Gabe ein — an sich nur geringfügiges — Verhalten auferlegen, das sich nicht als Schranke der Gabe im Sinne Haymanns auffassen läßt und daher das Geschäft

[17]) So z. B. die Verpflichtung, das durch das Ausbrechen der geschenkten Kreide aufgeworfene Erdreich wieder instandzusetzen (D 19, 5, 16 pr.), die Kosten der Auflassung eines geschenkten Grundstückes zu tragen (Haymann, Schenkung usw. S. 75), den Namen des Schenkers eines Landgutes anzunehmen, damit der Familienname des Gebers mit dem Landbesitz verknüpft bleibe. (Haymann a. a. O. S. 91).

zu einem entgeltlichen stempeln soll. Daß dann die Entgeltlichkeit nur zum Schein gewollt sei, wird sich dabei in den seltensten Fällen erweisen lassen.

Diese Bedenken lassen sich auch dadurch nicht beseitigen, daß man, wie Nathan [18]) vorschlägt, die Formel Haymanns, es sei Aufgabe des modus, dem Zuwendenden etwas zurückzubringen, was er ohne die Zuwendung nicht verloren hätte, durch Einschaltung der Worte „oder den Wert dessen" nach „etwas" erweitert. Denn dann würde es überhaupt nicht mehr möglich sein, im Einzelfalle festzustellen, ob die Leistung des Beschwerten ihrer Aufgabe nach nur eine Beschränkung der Gabe oder aber eine selbständige Leistung sein soll. Könnte es dann doch auch als Schranke der Gabe angesehen werden, wenn z. B. der Gutsbesitzer A dem Schuster B im Herbst 20 Zentner Getreide gibt, ihm aber die Verpflichtung auferlegt, im kommenden Winter jedem Mitgliede der vier Personen zählenden Familie des A ein Paar Stiefel zu liefern. In diesen Stiefeln würde dann ein Teil des Wertes des Getreides dem A zurückgebracht. Diesen Tatbestand würde aber Haymann niemals als Schenkung unter Auflage auffassen.

Daß es im Einzelfalle mitunter gar nicht erkennbar sein wird, ob die mit einer Gabe dem Empfänger auferlegte Leistung ihrer Aufgabe nach nur eine Beschränkung der Zuwendung sein soll, gilt übrigens m. E. auch nach Haymanns Formel für die Fälle, wo nicht die unmittelbar durch den Verlust des zugewendeten Gegenstandes erwachsene Einbuße, sondern eine weitere, erst durch Ausscheidung des Zuwendungsgegenstandes aus dem Vermögen des Gebers mittelbar entstandene mit der Leistung des Empfängers auf das rechte Maß zurückgeführt werden soll. [19]) Hier hat es m. E. etwas Gekünsteltes an sich, noch von einer Einschränkung der Gabe als Aufgabe der Schenkungsauflage zu sprechen, so z. B. in dem auch von Haymann als Auflage-

[18]) Nathan S. 39.

[19]) Vgl. oben Note 17.

schenkung anerkannten Falle, daß der Empfänger eines geschenkten Landgutes verpflichtet sein soll, den Namen des Schenkers anzunehmen, damit dessen Familienname dauernd mit dem Landbesitz verknüpft bleibe. Man könnte hier ebensogut in der Verpflichtung des Beschenkten eine selbständige Leistung erblicken.

Es ist bezeichnend, daß gerade diese Fälle, wo die Aufgabe der Schenkungsauflage als Einschränkung der Gabe nur mit Mühe konstruiert werden kann, nach Haymann die einzigen sind, bei denen es denkbar ist, daß die zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen den Wert der Zuwendung übersteigen können, ohne daß dies auf einen Mangel im Rechte des Schenkers oder einen Mangel der verschenkten Sache zurückzuführen ist. Daß eine solche die Zuwendung an Wert übersteigende Auflage nach dem Wortlaute des § 525 Abs. 1 und dem zwingenden argumentum a contrario aus § 526 ihrem ganzen Umfange nach erfüllt werden muß, erkennt auch Haymann an.[20]) Um dieser Auffassung des Gesetzes gerecht zu werden und solche Fälle von Auflagen überhaupt möglich werden zu lassen, muß er eben die oben erwähnten Tatbestände in das Bereich der Schenkung unter Auflage aufnehmen, obwohl sie zu seiner Lehre von der Schenkungsauflage als einer vertragsmäßigen Schranke der Gabe nicht recht passen wollen.

Die vorstehenden Ausführungen richten sich im Wesentlichen auch gegen Oertmann. Er sucht die m. E. zu enge Auffassung Haymanns dadurch zu erweitern, daß er Haymann nicht allzu buchstäblich verstanden und die Auflageleistung nicht gerade auf die zugewendeten Gegenstände selbst beschränkt wissen will. Wenn er es aber einmal schlechthin für zulässig erachtet, daß dem Empfänger eines bestimmten Gegenstandes auch eine Geldleistung als Auflage zugemutet wird, so will es nicht recht einleuchten, warum nicht auch das Umgekehrte gelten soll.[21]) Warum soll eine Einschrän-

[20]) Haymann, Schenkung usw. S. 117 unten.

[21]) Dann würde allerdings die Lehre Haymanns und Oertmanns praktisch bedeutungslos.

kung der Gabe nur dann angenommen werden können, wenn für ein hingegebenes Quantum konkreten Wertes die Leistung eines Quantums abstrakten Wertes gefordert wird, nicht aber, wenn das Umgekehrte der Fall ist? Die Begründung „Zwar ist mit dem Konkreten im Grunde auch schon das Abstrakte ohne weiteres gegeben, aber nicht mit dem Abstrakten ohne weiteres auch schon das Konkrete" kann hier schwerlich überzeugen. Oertmann sieht sich denn auch genötigt, eine recht wesentliche Ausnahme von obigem Grundsatze insoweit zu machen, als er die Möglichkeit solcher Auflagen anerkennt, wonach gerade mit dem zugewendeten Gelde selbst oder aus dem Erlös des zugewendeten, zu veräußernden Gegenstandes etwas angeschafft und im Sinne einer Auflage geleistet werden soll.[22]) Dies muß aber zu sonderbaren Ergebnissen führen. So wäre es nach Oertmann Schenkung unter Auflage, wenn ein reicher, im Auslande wohnender Kaufmann A seinem in Berlin wohnenden, weniger begüterten Bruder, dessen sehnlichster Wunsch es ist, etwas für das Wohl des Vaterlandes zu tun, 200 000 Mark schenkt mit dem Hinzufügen, er möge eine in irgend einer waldreichen Gegend gelegene Villa im Preise von etwa 100—150 000 Mark erwerben und diese dem Roten Kreuz für Lazarettzwecke unentgeltlich zu Eigentum übertragen. Dagegen würde es als entgeltlicher oder wenigstens zum Teil entgeltlicher Vertrag anzusehen sein, wenn derselbe A seinem Bruder 200 000 Mark gibt mit der Erklärung, dieser solle nun verpflichtet sein, seine ihm bereits gehörende, etwa 125 000 Mark werte Villa bei Berlin dem Roten Kreuz unentgeltlich aufzulassen. Hier wird die Entscheidung durch rein äußerliche Zufälligkeiten bedingt.

---

[22]) Oertmann, Entgeltl. Gesch. S. 55 Note 26. Beachtlich ist, daß gerade bei diesen von Oertmann gemachten Ausnahmen Haymann keine Auflageschenkung, sondern entweder Mischgeschäft zwischen unbeschwerter Schenkung und Auftrag oder aber voll entgeltliches Geschäft annimmt, „weil ein Bedürfnis, den Umfang der Gabe auf den Weg obligatorischer Bindung des Empfängers einzuschränken, nicht erhellt". Vgl. Haymann, Schenkung usw. S. 62 Text u. Note 5.

Weiter wird aber dadurch, daß Oertmann wenigstens die Fälle noch als Auflageschenkungen gelten läßt, in denen dem Empfänger irgend eines Gegenstandes eine Geldleistung oder aber dem Empfänger einer Geldsumme oder eines zu veräußernden Gegenstandes die Anschaffung eines bestimmten Gegenstandes aus der zugewendeten Geldsumme bezw. dem erzielten Erlöse und die Leistung dieses Gegenstandes auferlegt wird, die Abgrenzung zwischen Schenkungsauflage und Gegenleistung praktisch oft — mehr noch als nach Haymanns Lehre — undurchführbar, wenn man die Unterscheidung nur auf das objektive Merkmal abstellt, daß die Auflage nur Einschränkung der Gabe, lediglich Leistungsminderung (Oertmann a. a. O. S. 54), die Gegenleistung aber selbständige Leistung sei. Woran soll man, namentlich in den Fällen, wo dem Empfänger einer Sache eine Geldleistung angesonnen wird, erkennen, ob nur Schranke der Gabe oder selbständige Leistung vorliegt, wenn man nicht auf die subjektive Auffassung der Parteien zurückgehen will? [23])

Tatsächlich wird man denn auch m. E. die Grenze zwischen Auflage und Gegenleistung in der Verschiedenheit der Parteiabsicht zu suchen haben und hierbei aus den oben gegen Haymann angeführten Gründen zweckmäßiger — wie es auch die herrschende Meinung tut [24]) — von dem in der subjektiven Aequivalenztheorie enthaltenen wirtschaftlichen

---

[23]) So kommt auch Haymann verschiedentlich auf dieses subjektive Unterscheidungsmerkmal zurück: Schenkung usw. S. 57 oben: „daß die Parteien . . . . jedweder Handlung im gleichen Sinne Bedeutung für die Interessen des Gegners anerkennen, darin liegt das für Leistung und Gegenleistung . . . . wesentliche Moment"; S. 59 oben: „in der Einschränkung als der von den Parteien der Auflageleistung gesetzten Aufgabe liegt das Charakteristische des modus". — Oertmann a. a. O. S. 53/54 tadelt dies, kann aber gleichfalls dieses subjektiven Momentes nicht entbehren, wenn er S. 55/56 in Note 26 sagt: „ . . . so ist das keine der Zuwendung gegenüber selbständige Gegenleistung, sondern zum mindesten nach der Parteiidee nichts als eine Beschränkung der Gabe".

[24]) Vgl. oben Note 4.

Gesichtspunkte ausgehen als alles auf die mitunter recht flüssige Scheidung abstellen, ob nur Schranke der Gabe oder aber selbständige Leistung vorliegt. Denn die wirtschaftliche Seite der Rechtsgeschäfte ist es, die erst zu der Unterscheidung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften [25]) und damit auch zu dem Unterschiede von Gegenleistung und Schenkungsauflage geführt hat. Die von Haymann gegen die Brauchbarkeit der Aequivalenztheorie für unsere Abgrenzung erhobenen Einwendungen erscheinen mir nicht stichhaltig. Nur muß man, wie Cosack [26]) es tut, zwischen Gleich- und Mehrwerttheorie die Mitte halten und davon ausgehen, daß beim gegenseitigen Vertrage jede Partei nach ihrer Auffassung eine der eigenen Leistung unter den beim Vertragsschlusse obwaltenden Umständen [27]) mindestens gleichwertige Leistung erhält. Es wird zwar regelmäßig beim gegenseitigen Vertrage jede Partei etwas der eigenen Leistung gegenüber Wertvolleres zu erhalten glauben. Dies gilt vor allem für die bei weitem größte Zahl der gegenseitigen Verträge, der Verkehrsgeschäfte, die der wechselseitigen Befriedigung der beiderseitigen Bedürfnisse zu dienen bestimmt sind. [28]) Doch gibt es auch gegenseitige Verträge, durch die lediglich das Bedürfnis einer Vertragspartei befriedigt, der andere Vertragsteil aber wenigstens vor einer wirtschaftlichen Ein-

---

[25]) Vgl. Ihering I S. 76 ff; Schreiber S. 179 ff.

[26]) Cosack I § 52 I 5c α S. 150.

[27]) Diese äußeren Umstände müssen bei der Subsumptionsfrage ganz besonders gewürdigt werden. Sie werden häufig erkennen lassen, daß trotz oft erheblicher Verschiedenheit des objektiven Wertes der beiderseitigen Leistungen der wirkliche Wille der Parteien auf den Abschluß eines voll gegenseitigen Vertrages gerichtet war. So beim Verkaufe aus Not, Ärger, Unkenntnis des Sachwertes, Kauf aus Liebhaberei usw. In diesen Fällen wird auch der Empfänger der Leistung von objektiv geringerem Werte von der Vorstellung geleitet, daß das, was er erhält, für ihn den Umständen nach mindestens den gleichen Wert hat wie das, was er hingibt.

[28]) Vgl. hierzu Ihering I S. 74 ff. Soweit es sich um Geldleistungen handelt, tritt natürlich nur eine mittelbare Bedürfnisbefriedigung ein.

buße, die ihm erst durch die Bedürfnisbefriedigung des anderen Teiles entsteht, bewahrt werden soll. Zu dieser Gruppe gehören die von Haymann als Angriffspunkt gegen die Werttheorien benutzten entgeltlichen Verträge, die von der einen Seite nur aus Gefälligkeit, Wohlwollen usw. abgeschlossen werden. Hier will der gefällige Vertragsteil lediglich dem Bedürfnisse des anderen abhelfen, er will das aber nicht ohne Gegenwert tun, sondern die durch seine Leistung entstehende wirtschaftliche Einbuße dadurch ausgeglichen wissen, daß er wenigstens an Wert das erhält, was den Umständen nach für die Parteien gerade noch als ebenbürtiges Tauschobjekt gelten kann. Gerade in dem Absehen von der Erlangung eines eigenen Gewinnes oder Vorteiles liegt eben die Gefälligkeit. So wenn jemand einem anderen eine Sache, die er selbst nicht gut entbehren kann, die aber der andere benötigt, zum Selbstkostenpreise verkauft. Geht aber der eine Vertragsteil — sei es aus Wohlwollen, Barmherzigkeit, Prahlerei oder auch nur Bequemlichkeit — noch weiter und begnügt sich mit einer Leistung des anderen Teiles, deren Wert hinter dem der eigenen Leistung nach der Auffassung der Parteien zurückbleibt, so liegt entweder überhaupt kein oder doch kein voll gegenseitiger Vertrag mehr vor. Es handelt sich dann entweder um eine Schenkung unter Auflage oder um einen gemischten Vertrag, und zwar um ein negotium mixtum cum donatione.[29]) Auch zwischen diesen beiden Rechtsgebilden, die wirtschaftlich einander sehr nahe kommen, vermögen wir nach der von uns vertretenen Meinung die Grenze zu finden. Dadurch, daß beim gegenseitigen Vertrag der Wille jedes Vrtragsteiles dahin geht, gegen seine eigene Leistung eine mindestens gleichwertige einzutauschen, daß jede

[29]) Es kann sich aber natürlich auch um eine reine, durch ein nur zum Schein vorgenommenes entgeltliches Geschäft verdeckte Schenkung handeln, so z. B. beim Kaufe nummo uno oder seinem Gegenteil, einem Kaufe mit bedeutender Überzahlung eines nur geringwertigen Gegenstandes. (Man zahlt bei einem Wohltätigkeitsfest für eine höchstens 20 Pf. werte Blume 10 Mk.)

Leistung also das Entgelt für die andere bildet, treten die beiderseitigen Leistungen in ein wechselseitiges Abhängigkeitsverhältnis. Bei der Schenkung unter Auflage dagegen besteht nur ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis, das der Leistung des Beschenkten von der des Schenkers (§ 525 Abs. 1), nicht umgekehrt.[30]) Da nun in den hier interessierenden Fällen der gemischten Schenkung, soweit der Beschenkte etwas zu leisten hat, ein gegenseitiger Vertrag enthalten ist, müssen die Leistung des Beschenkten und der ihr entsprechende Teil der Leistung des Schenkers in dem eben erwähnten, wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen.[31]) Entspricht dies jedoch nicht der Parteiabsicht, soll danach vielmehr nur ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis der Leistung des Beschenkten von der des Schenkers bestehen, so liegt Schenkung unter Auflage vor. Dieser begriffliche Unterschied zeigt sich praktisch vor allem darin, daß regelmäßig beim gegenseitigen Vertrage und damit auch bei der gemischten Schenkung Zug um Zug (§ 322 Abs. 1), bei der Schenkung unter Auflage aber erst nach Vollziehung der Schenkung (§ 525 Abs. 1) zu erfüllen ist.

§ 6.

Ergebnis.

Fassen wir die in den vorstehenden Erörterungen gefundenen einzelnen Punkte nochmals kurz zusammen, so kommen wir für den Begriff der Schenkungsauflage zu folgendem Ergebnis:

Die Schenkungsauflage ist eine mit einer Schenkung verbundene Nebenabrede. Sie verpflichtet den Beschenkten zu einer Leistung irgendwelchen Inhaltes, der nur über-

---

[30]) Vgl. Endemann I § 125, 1 S. 700; Entsch. des RG Bd. 60 S. 241, vgl. auch Komm. der RGR I § 525 Anm. 1 S. 514; Stammler S. 85, 86.

[31]) So wird man gemischte Schenkung anzunehmen haben, wenn man zu hohem Preise dem blinden Hausierer die Streichhölzer, der armen Stickerin die Handarbeit abkauft.

haupt Gegenstand einer Leistung sein kann. Weil der sog. modus simplex dem Beschenkten keine Leistung vorschreibt, kann er nicht Schenkungsauflage im Sinne des Gesetzes sein. Obwohl die Auflage den Beschenkten zu einer Leistung verpflichtet, wird dadurch der juristische Charakter des Geschäftes nicht berührt, die Auflageschenkung ist stets Schenkung ihrem vollen Umfange nach, nicht nur wenn und soweit der Wert des Geschenkes den zur Erfüllung der Auflage erforderlichen Betrag übersteigt. Von der Gegenleistung unterscheidet sich die Auflageleistung dadurch, daß sie nach der Auffassung der Parteien an Wert hinter der Zuwendung zurückbleibt, daß sie nicht gegen diese ausgetauscht werden, also kein Entgelt für die Gabe, keinen Gegenwert darstellen soll, und daß sie daher mit der Leistung des Schenkers nicht wie Leistung und Gegenleistung in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis steht, sondern nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 525 Abs. 1 nur einseitig vom Vollzuge der Leistung des Schenkers abhängig ist.

Demnach wird sich der Begriff der Schenkungsauflage dahin bestimmen lassen:

Die Schenkungsauflage des BGB ist eine der Schenkung beigefügte Nebenabrede, die den Beschenkten zu einer vom Vollzuge der Schenkung einseitig abhängigen, einen Gegenwert nach der Auffassung der Parteien nicht darstellenden Leistung verpflichtet.

Zweites Kapitel.

Die Rechte aus der Schenkungsauflage.

§ 7.

Der Erfüllungsanspruch.

Zur Verwirklichung der dem Beschenkten aus der Auflage erwachsenden Verpflichtung gewährt das Gesetz in erster Linie einen Anspruch auf Vollziehung der Auflage. (§ 525.)

Dieser Anspruch, der sich gegen den Beschenkten oder seine Rechtsnachfolger richtet, ist davon abhängig, daß der Schenker seinerseits geleistet hat. Bei Realschenkungen ist er also sofort mit der Hingabe des Geschenkes gegeben. Ist aber die Auflageabrede bereits einem der Formvorschrift des § 518 entsprechenden Schenkungsversprechen beigefügt, so fragt es sich, ob das Gesetz den Schenker nur zur Vorleistung verpflichten will, daß also lediglich die Vollziehung der Auflage vom Vollzuge des Schenkungsversprechens abhängig sein soll, oder aber ob der Anspruch aus der Auflage erst durch die Erfüllung des Schenkungsversprechens, wie die Verpflichtung aus dem Realkontrakt des römischen Rechtes, entstehen soll, sodaß die Erfüllung des Schenkungsversprechens zur Begründung der Klage auf Vollziehung der Auflage gehört und die vor erfülltem Schenkungsversprechen bewirkte Auflageleistung als indebitum zurückgefordert werden kann.[1]) Diese Frage ist im Sinne

[1]) Vgl. hierzu die ausführlichen Untersuchungen Haymanns, Schenkung usw. S. 96 ff.

der letzten Alternative zu beantworten. Für diese Auffassung spricht einmal der Sprachgebrauch des Gesetzes: Das „kann verlangen" in § 525 Abs. 1 wird kaum in einem anderen Sinne gebraucht sein als dieselbe Wortverbindung in Abs. 2 desselben Paragraphen, wo sie nicht anders verstanden werden kann, als daß das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs der Behörde sein soll. Weiter läßt auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes erkennen, daß durch die Vorschrift des § 525 Abs. 1 nicht nur die Fälligkeit des Auflageanspruchs bestimmt werden soll. Während § 418 Abs. 1 des ersten Entwurfes lautet: „Ist die Schenkung unter einer Auflage erfolgt, so kann der Schenker, nachdem er *vorgeleistet* hat, die Erfüllung der Auflage fordern", vermeidet das Gesetz in seiner endgültigen Fassung des § 525 Abs. 1 den Ausdruck „vorleisten", offenbar um nicht dahin verstanden zu werden, daß nur der *Vollzug* der Auflage von dem des Schenkungsversprechens abhängig sein solle. Ueberdies würde es, wenn § 525 Abs. 1 nur die Fälligkeit des Auflageanspruches regeln wollte, ein bedauerlicher Fehler des Gesetzes sein, daß keine Bestimmung für den Fall getroffen ist, wenn der Beschenkte sich weigert, beim Schenkungsvollzuge mitzuwirken, und dadurch den Eintritt der Fälligkeit des Auflageanspruches hemmt.[2])

Wird man also daran festhalten müssen, daß das Gesetz den Schenkungsvollzug als Voraussetzung für die Existenz des Auflageanspruches fordert, so ist damit keineswegs gesagt, daß die einem Schenkungsversprechen beigefügte Auflageabrede jeder rechtlichen Bedeutung entbehre. Vielmehr bilden beides zusammen, die Auflageabrede und der Schenkungsvollzug, die Grundlage des Auflageanspruches dergestalt, daß dieser mit Abschluß des Auflageschenkungsvertrages als durch den Schenkungsvollzug, die res, gesetz-

[2]) Haymann, Schenkung usw. S. 107. § 322 Abs. 2 kann nicht in Frage kommen, weil die Schenkung unter Auflage kein gegenseitiger Vertrag ist.

lich bedingter entstanden ist, also unter Umständen auch vor dem Schenkungsvollzug durch Arrest gesichert werden kann. [3])

Aus dem Gesagten ergibt sich: Weil die Entstehung des Anspruchs aus der Auflage durch den Schenkungsvollzug bedingt ist, kann dem aus dem Schenkungsversprechen in Anspruch genommenen Schenker wegen der noch nicht erfüllten Auflage ein Zurückbehaltungsrecht nicht zustehen. Wenn andrerseits der Empfänger des Schenkungsversprechens vor dem Schenkungsvollzuge auf Erfüllung der Auflage verklagt wird, ist seine Behauptung, der Schenkungsversprecher habe noch nicht geleistet, keine Einrede, sondern Bestreiten der eigenen Leistungspflicht. [4]) Ist das Schenkungsversprechen unwirksam, wird es wegen Undankes widerrufen, seine Erfüllung aus § 519 verweigert oder wird sie unmöglich, so kommt der Auflageanspruch gar nicht zur Entstehung. [5])

Erfüllung der Auflage kann also erst begehrt werden, wenn der Schenker voll geleistet hat. Was dazu gehört, bestimmt sich einmal nach dem Inhalte des Schenkungsgeschäftes, weiter aber nach den Sondervorschriften der §§ 521, 523, 524. [6])

Der Erfüllungsanspruch ist bei Auflagen jeder Art gegeben, mag ihr Gegenstand eine vermögenswerte oder nichtvermögenswerte Leistung, ein Tun, Unterlassen oder Dulden sein. [7])

---

[3]) So insbes. Haymann a. a. O. S. 109 ff; Hellwig, Verträge usw. S. 282, 283; Planck II § 525 Anm. 2a S. 435; Schollmeyer S. 55 unter a; — Cosack, der früher abweichend den Beschenkten schon durch die Annahme des unter Auflageabrede erfolgten Schenkungsversprechens für verpflichtet hielt (I 4. Aufl. § 140 I, 2 S. 503), hat sich jetzt dieser Meinung angeschlossen. (I 6. Aufl. § 140 I, 1b S. 573).

[4]) Schollmeyer S. 55 unter a.

[5]) Haymann a. a. O. S. 113.

[6]) Haymann a. a. O. S. 114.

[7]) Haymann a. a. O. S. 90 ff; Komm. der RGR I § 525 Anm. 1 S. 515; Staudinger II, 1 § 525 Anm. III, 2 S. 816.

Das Recht, Erfüllung der Auflage zu verlangen, steht zunächst dem Schenker zu, gleichviel, in wessen Interesse die Erfüllung der Auflage liegt. Dieses Recht beruht auf einem regulären Schuldverhältnis,[8]) das durch den in der Auflageabrede liegenden Vertrag begründet ist. Es geht daher nach den Normen des Erbrechtes auf die Erben des Schenkers über. Dies ergibt sich überdies auch aus dem Wortlaute des § 525 Abs. 2, wonach nach dem Tode des Schenkers „auch“ [9]) die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen kann, wenn diese im öffentlichen Interesse liegt. Diese dem § 2194 Satz 2 entsprechende Bestimmung war im ersten Entwurf für die Schenkungsauflage noch nicht enthalten. Sie wurde erst durch die zweite Kommission eingefügt, die diesen Zusatz für zweckmäßig erachtete, um die Erfüllung solcher Auflagen von öffentlichem Interesse zu sichern, weil die Erben häufig kein Interesse an ihrer Vollziehung haben und deswegen leicht geneigt sein würden, sich mit dem Beschwerten abzufinden.[10])

Es tritt also bei Auflagen, deren Vollzug im öffentlichen Interesse liegt, neben die Erben des Schenkers die zuständige Behörde mit einem Anspruch auf Erfüllung der Auflage. Welche Behörde zuständig ist, sagt das BGB nicht. Dies bestimmt sich vielmehr nach dem Verwaltungsrechte

---

[8]) Haymann a. a. O. S. 90, S. 170.

[9]) Damit gibt das Gesetz zu erkennen, daß nach dem Tode des Schenkers die Behörde nicht allein berechtigt ist, die Erfüllung zu fordern. Als gleichfalls Berechtigte setzt das Gesetz, da es andere Personen nicht nennt, offenbar die Erben des Schenkers voraus. Außer den Erben könnte als Berechtigter zwar noch der durch die Auflage begünstigte Dritte in Frage kommen, dem nach der Absicht der Parteien ein selbständiges Recht auf Erfüllung zustehen soll. Es ist aber nicht anzunehmen, daß lediglich dieser Fall zu dem Wortlaute des § 525 Abs. 2 geführt hat, da gerade bei Auflagen von öffentlichem Interesse nur selten ein bestimmter Dritter begünstigt sein und in diesen seltenen Fällen ihm wohl schwerlich ein Recht auf Erfüllung zustehen wird.

[10]) Protokolle II S. 31.

des Reiches oder des betreffenden Bundesstaates.[11]) Der jeweilig zuständigen Behörde steht der Erfüllungsanspruch zu als dem Organe des Staates oder der vertretenen öffentlich-rechtlichen Körperschaft, nicht notwendig als Vertreterin des Fiskus;[12]) denn öffentliches Interesse und fiskalisches Interesse sind keineswegs identisch.

Voraussetzungen für die Entstehung des Rechtes der Behörde sind ein öffentliches Interesse an der Durchführung der Auflage und der Tod des Schenkers.

Als öffentliches Interesse wird man mit Haymann[13]) jedes Interesse an den sachlich gerechtfertigten Aufgaben der Gemeinschaft aufzufassen haben. Wann ein solches vorliegt, ist eine nach dem Inhalte der Auflage zu beurteilende, vom Gericht[14]) zu prüfende Tatfrage. Es wird nicht nur bei staatlichen, sondern auch bei kommunalen Interessen, bei Interessen von Kirchen, Schulen, Bezirksverbänden, Orts- und Landarmenverbänden, Berufsgenossenschaften usw. anzunehmen sein,[15]) gleichviel, ob diese Interessen unmittelbar oder nur mittelbar durch den Auflagevollzug gefördert werden.

---

[11]) Das Nähere ergibt sich aus den Ausführungsbestimmungen der einzelnen Bundesstaaten. Vgl. insbes. für Preußen V. O. v. 16. 11. 99 Art. 7, für Bayern AG z. BGB Art. 107, für Sachsen AVO z. BGB § 10 Abs. 1; bezügl. der übrigen Bundesstaaten vgl. Fischer-Henle § 525 Anm. 4 S. 344. — Für das Reich und für Württemberg fehlt es an Ausführungsbestimmungen. Hier wird man als zuständig die höchsten Staatsorgane (Reichskanzler, Ministerium) anzunehmen haben, die natürlich im Einzelfalle ihre Befugnis an untere Behörden delegieren können. Vgl. hierzu Levy § 10 S. 25 ff.

[12]) Gaupp-Stein I § 50 Anm. II, 4 S. 141.

[13]) Haymann, Schenkung usw. S. 163.

[14]) Planck II § 525 Anm. 3 S. 435; — abw. Levy S. 44, der das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses ohne Weiteres schon durch die Erhebung des Anspruches durch die Behörde als gegeben ansieht.

[15]) Haymann, Schenkung usw. S. 163; Oertmann II § 525 Anm. 2b S. 522; Planck II § 525 Anm. 3 S. 435; Staudinger II, 1 § 525 Anm. Vc α S. 818.

Da der Erfüllungsanspruch der Behörde erst mit dem Tode des Schenkers gegeben ist, wird bei seinen Lebzeiten sein Gläubigerrecht aus der Auflage in keiner Weise dadurch berührt, daß ihr Vollzug im öffentlichen Interesse liegt. Er kann über seinen Vollziehungsanspruch frei verfügen, insbesondere dem Beschwerten die Auflageschuld erlassen oder etwas anderes als Erfüllung annehmen.[16]) Natürlich kann er auch nach Maßgabe des § 527 das Geschenk zurückfordern[17]) und die Schenkung wegen Undanks widerrufen, wenn die dazu erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind.

Ist aber das Gläubigerrecht des Schenkers auf seine Erben übergegangen, so werden diese, wenn die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt,[18]) durch § 525 Abs. 2 aller ihnen sonst nach allgemeinen Grundsätzen aus dem ererbten Gläubigerrecht zustehenden Befugnisse „expropriiert",[19]) die Forderung aus der Auflage auf andere Art als durch Annahme der Erfüllung erlöschen zu lassen, solange diese noch möglich ist. Dies ergibt sich aus der ratio legis, die Vollziehung der Auflage von öffentlichem Interesse unter Umständen auch gegen den Willen der Erben zu sichern. Diese können daher nicht an Stelle der Auflageleistung eine andere als Erfüllung annehmen oder, solange diese noch möglich ist, nach § 283 oder § 286 Abs. 2 Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder die Herausgabe des Geschenkes nach Maßgabe des § 527 fordern.[20]) Ver-

---

[16]) Haymann, Schenkung usw. S. 170 ff; Planck II § 525 Anm. 3 S. 435 und die dort angezogene Literatur.

[17]) § 527 Abs. 2 steht dem nicht entgegen, da einmal die Behörde nach dem Sprachgebrauche des BGB nicht als „Dritter" gelten kann (vgl. Haymann a. a. O. S. 177 Text und Note 3 — a. M. Crome II S 522 Text und Note 32), weiter aber bei Lebzeiten des Schenkers ein Recht der Behörde überhaupt noch nicht besteht.

[18]) Ist dies nicht der Fall, so steht ihnen natürlich das Gläubigerrecht ohne jede Beschränkung in demselben Umfange zu, wie es der Schenker gehabt hat.

[19]) Haymann, Schenkung usw. S. 177.

[20]) Haymann a. a. O. S. 177.

zichten sie auf die Erfüllung, so ist das zwar im Verhältnis zwischen ihnen und dem mit der Auflage Beschwerten wirksam, aber der Vollziehungsanspruch der Behörde wird dadurch nicht beeinträchtigt. Ist freilich die Erfüllung der Auflage nicht möglich oder ist das öffentliche Interesse an der Erfüllung erloschen, so entfällt die eben erwähnte Beschränkung der Erben in ihrer Verfügungsmacht über die Auflageschuld, sie haben dann alle die Rechte, die der Schenker selbst haben würde.

Sind nun bei einer Auflage von öffentlichem Interesse die Erben des Schenkers und die zuständige Behörde hinsichtlich des Erfüllungsanspruches Gesamtgläubiger? Die Frage wird bejaht von Enneccerus-Kipp,[21]) Hellwig[22]) und dem Kommentar der RGR.[23]) Allerdings verkennen Hellwig und der Kommentar der RGR nicht, daß eine ausnahmslose Anwendung der §§ 128 ff. zu Unzuträglichkeiten führen würde, sie nehmen aber doch „Gesamtgläubigerschaft" an, nur soll es eine solche „mit Besonderheiten", „mit den aus der Natur des Klagerechtes sich ergebenden Abweichungen" sein. Aehnlich spricht Oertmann[24]) hier von „unechter Solidarität auf der Aktivseite". Kohler[25]) meint dagegen, es gelte nicht die Rechtsähnlichkeit der Gesamtgläubigerschaft, sondern die Rechtsähnlichkeit der Mehrheit von Gläubigern bei unteilbarer Leistung. Er betrachtet das Recht der Behörde als einen Anspruch ohne zu Grunde liegendes Forderungsrecht.[26]) Am treffendsten beurteilt m. E. Haymann[27]) das Verhältnis zwischen den Erben des Schenkers und der zuständigen Behörde. Er betont, daß die Befugnis der Behörde überhaupt kein echtes

[21]) Lehrbuch I, 2 § 315 I, 3 S. 242, § 348 III, 3 Note 7 S. 334.

[22]) Verträge usw. § 47 S. 312.

[23]) Bd. I § 525 Anm. 3 S. 515 vbd. mit Bd. III § 2194 Anm. 2 S. 623.

[24]) II § 525 Anm. 2b S. 522.

[25]) Im Arch. für bürgerl. R. Bd. 21 S. 264.

[26]) Kohler a. a. O. S. 261, S. 268.

[27]) Haymann, Schenkung usw. S 171, 173.

Gläubigerrecht, sondern nur eine nackte Vollstreckungsgewalt[28]) hinsichtlich der den Erben des Schenkers, den alleinigen Gläubigern, geschuldeten Leistung sei. Ist aber die Behörde überhaupt nicht Gläubigerin, so kann natürlich keine Gesamtgläubigerschaft vorliegen. Dieser Auffassung Haymanns schließen wir uns an.

Schließlich kann[29]) der Erfüllungsanspruch noch unmittelbar dem durch die Auflage begünstigten Dritten zustehen, was nach § 330 Satz 2[30]) im Zweifel anzunehmen ist, sofern es sich nicht um einen Fall des § 329 handelt. Neben dem Dritten (oder seinen Erben) ist natürlich noch der Schenker selbst berechtigt, die Erfüllung der Auflage zu verlangen, sofern nicht der Wille der Vertragschließenden dem entgegensteht (§ 335). Auch hier liegt keine Gesamtgläubigerschaft vor. Eine solche kann nur dann vorhanden sein, wenn es sich um ein Verhalten handelt, das, je nachdem es als Inhalt des Forderungsrechtes verschiedener Berechtigter gedacht wird, eine Aenderung erleidet, durch die es den privaten Zwecken des einen oder anderen Berechtigten dient.[31]) In unserem Falle fehlt es aber an dieser „subjektiven Divergenz der Leistung". Der Schenker oder seine Rechtsnachfolger können die Leistung nur an den begünstigten Dritten fordern, nicht an sich selbst, und ebenso kann der Beschwerte nur an den Dritten leisten. Es hieße namentlich in Hinblick auf § 428 dem Gesetze Gewalt antun, hier noch eine Gesamtgläubigerschaft anzunehmen.[32])

---

[28]) Die Behörde kann weder die Auflageschuld erlassen, noch stunden, noch etwas anderes an Erfüllungsstatt annehmen. Dagegen steht es in ihrem Ermessen, ob sie ihren Anspruch geltend machen will oder nicht, sofern sie nicht kraft öffentlichen Rechts zur Geltendmachung verpflichtet ist.

[29]) Vgl. § 527 Abs. 2.

[30]) § 448 des ersten Entwurfs erklärte besonders die Vorschriften über Verträge zu Gunsten Dritter für anwendbar. Im zweiten Entwurf (§ 472) wurde das als selbstverständlich weggelassen. Vgl. Protokolle II S. 31.

[31]) Vgl. Haymann, Schenkung usw. S. 166 ff; Ders. in Iherings Jahrb. Bd. 56 S. 90, 91.

[32]) a. M. Hellwig, Verträge usw. § 47 S. 310 ff, der unter Berufung auf § 425 I („soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt") Gesamtgläubigerschaft „mit Besonderheiten" annimmt.

Den Erben des Schenkers, der Behörde und dem begünstigten Dritten können nicht mehr und nicht eher Rechte aus der Auflage zustehen als dem Schenker selbst. Voraussetzung auch ihres Anspruches ist insbesondere, daß die Schenkung bereits vollzogen ist.

§ 8.

Rechte des Beschwerten aus § 526.

Dem auch einer Schenkung unter Auflage innewohnenden lukrativen Charakter entsprechend wird in der Regel der Wert der Auflage hinter dem der Zuwendung des Schenkers zurückbleiben. Daß dies aber für den Begriff der Auflageschenkung notwendig sei, wie Savigny [1]) aus seiner Konstruktion der donatio sub modo als eines negotium mixtum cum donatione annahm, hat das BGB nicht anerkannt, wie sich aus § 526 ergibt, der Sonderbestimmungen für die Fälle trifft, in denen der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht und dies die Folge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache [2]) ist.

Da der Schenker für Mängel des Geschenkes nur in dem sehr beschränkten Umfange der §§ 523, 524 haftet, würde der Beschenkte nach § 525 zur Vollziehung der Auflage in ihrem vollen Umfange auch dann verpflichtet sein, wenn infolge eines nicht unter §§ 523, 524 fallenden, bereits bei Abschluß des Schenkungsgeschäftes vorhandenen Mangels die Kosten der Auflageerfüllung den Wert des Geschenkes überschreiten. Für einen solchen Fehlbetrag den Beschenkten aufkommen zu lassen, der doch regelmäßig ein mangelfreies Geschenk erwarten, wennschon nicht verlangen darf, [3]) wäre unbillig, und zur Beseitigung dieser Härte hat das Gesetz in § 526 für solche Fälle dem Beschenkten zwei von den Voraussetzungen der §§ 523, 524 unabhängige Befugnisse gewährt.

[1]) System IV § 154 S. 103 ff, § 175 S. 280 ff.

[2]) Der erste Entwurf § 448 berücksichtigte nur Mängel im Rechte.

[3]) Hellwig, Verträge usw. § 44 C. S. 283.

Zunächst steht dem Beschenkten nach § 526 Satz 1 gegen den Vollziehungsanspruch (des Schenkers, seiner Erben, des begünstigten Dritten oder der zuständigen Behörde) eine aufschiebende Einrede zu, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen ist. Als Fehlbetrag gilt die volle, durch den Mangel verursachte Wertminderung nur dann, wenn der Wert der mangelfreien Zuwendung die zur Auflageerfüllung erforderlichen Aufwendungen schon nicht gedeckt oder gerade noch dazu ausgereicht hätte. Würde aber, was meist der Fall sein wird, der Wert der mangelfreien Zuwendung größer gewesen sein als der Betrag der zur Auflagevollziehung nötigen Aufwendungen, so kommt als Fehlbetrag nur der Teil der Wertsminderung in Betracht, um den der geminderte Wert der Zuwendung hinter den für die Auflageerfüllung erforderlichen Kosten zurückbleibt.[4]) Durch Nachzahlung dieses Fehlbetrages kann die Einrede des Beschenkten abgewendet werden. Ist teilweise Erfüllung der Auflage möglich und für den Anspruchsberechtigten von Interesse, so muß der Beschenkte die Auflage soweit erfüllen, bis der Wert der Zuwendung aufgezehrt worden ist.[5]) Erst dann kann er die Einrede geltend machen.

Diese Einrede steht nach Haymann[6]) und der herrschenden Meinung[7]) dem Beschenkten selbst dann zu, wenn er

[4]) Oertmann II § 526 Anm. 3 S. 524; Staudinger II, 1 § 526 Anm. 2 S. 819. — Wenn Planck II § 526 Anm. 2 S. 436 unter Fehlbetrag den Unterschied zwischen dem Betrage der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen und dem infolge des Mangels verminderten Werte der Zuwendung versteht, so trifft dies für den Fall nicht zu, daß schon das mangelfreie Geschenk die Aufwendungen für die Auflageerfüllung nicht gedeckt haben würde. Wie Planck Komm. der RGR I § 526 Anm. 2 S. 515.

[5]) Haymann, Schenkung usw. S. 118.

[6]) Haymann a. a. O. S. 117/118 Text u. Note 1 auf S. 118, S. 121 a. E.; siehe jedoch die beachtlichen Ausnahmen in Note 2 auf S. 121—23.

[7]) Crome II § 232 S. 520 Note 19; Fischer-Henle § 526 Anm. 4 S. 344; Planck II § 526 Anm. 2 S. 436; Komm. der RGR I § 526 Anm. 2 S. 515; Schollmeyer S. 55; Staudinger II, 1 § 526 Anm. 3a α S. 819.

den Mangel bei Annahme des Geschenkes gekannt hat. Dies soll sich per argumentum a contrario zwingend aus § 526 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 ergeben. Demgegenüber muß aber mit Boethke [8]) und Oertmann [9]) betont werden, daß es nach Satz 2 auf Kenntnis des Mangels zur Zeit der Auflagevollziehung, nicht zur Zeit des Empfanges der Zuwendung ankommt, und daß daher das Gesetz der Auslegung nicht entgegensteht, die Nichtkenntnis des Mangels beim Empfange des Geschenkes als Voraussetzung der Einrede aus Satz 1 wie des Anspruches aus Satz 2 zu erachten. Diese Auffassung wird um so mehr vorzuziehen sein, als der herrschenden Meinung, wie Oertmann treffend bemerkt, die beachtliche Analogie der §§ 439, 460 entgegensteht und kein Grund dafür einzusehen ist, warum der Empfänger eines Geschenkes in dieser Beziehung wesentlich besser gestellt sein soll als ein Käufer. Ließe sich doch viel eher das Umgekehrte rechtfertigen.

Hat der Beschenkte die Auflage bereits in Nichtkenntnis des Mangels vollzogen, so kann er nach § 526 Satz 2 vom Schenker (nicht vom begünstigten Dritten oder der Behörde) Ersatz der infolge des Mangels nicht gedeckten Mehraufwendungen verlangen. Dieser Anspruch ist kein Bereicherungsanspruch, [10]) sondern ein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen, auf den die §§ 256, 257 anzuwenden sind. Die Nichtkenntnis des Mangels bei Vollziehung der Auf-

[8]) In Gruchots Beitr. 50, 1 S. 167, 168.

[9]) Oertmann II § 526 Anm. 3a S. 524.

[10]) So suchte ihn früher Oertmann (II 1. Auflage, § 526 Anm. 3b S. 247) als eine Abart der condictio indebiti zu erklären, bei der es entgegen § 813 Abs. 1 genügen solle, daß dem Anspruche eine nur aufschiebende Einrede entgegenstand. In vielen Fällen wird es aber überhaupt an einer Bereicherung des Schenkers fehlen — Will man diesen Anspruch auf einen besonderen Rechtsgrund zurückführen und sich nicht mit der Tatsache begnügen, daß das Gesetz hier aus Billigkeitsgründen (vgl. Motive II S. 301; Protokolle II S. 31) einen eigenartigen Ersatzanspruch gewährt, so dürfte Oertmanns jetzige Auffassung dieses Anspruchs als einer Erweiterung des Geschäftsführungs- oder Auftragsanspruches (II § 526 Anm. 3b S. 525) zu billigen sein.

lage ist nach dem Wortlaute des § 526 Satz 2 Voraussetzung dieses Ersatzanspruches,[11]) daher vom Beschenkten zu behaupten und nötigenfalls zu beweisen, was ebenfalls bezüglich des Vorhandenseins des Mangels und der dadurch verursachten Wertsminderung des Geschenkes gilt. Ob die Unkenntnis des Mangels entschuldbar ist oder nicht, ist gleichgültig. Kennenmüssen schadet hier nicht. Andrerseits schließt schon die Kenntnis des Mangels allein den Ersatzanspruch aus, auch wenn dem Beschenkten das sich daraus ergebende Mißverhältnis zwischen dem Werte der Zuwendung und den Auflagekosten nicht bekannt war.[12])

Die Einrede und der Ersatzanspruch aus § 526 sind nur dann gegeben, wenn das Mißverhältnis zwischen dem Werte des Geschenkes und den zur Auflagevollziehung nötigen Aufwendungen auf einem Mangel im Rechte des Schenkers oder einem Mangel der verschenkten Sache beruht. Ergibt sich aus einem anderen Grunde ein solches Mißverhältnis – so z. B. wenn die Parteien den Wert des Geschenkes zu hoch oder die zur Auflageerfüllung nötigen Kosten zu niedrig einschätzten[13]) oder wenn nachträglich der Wert des Geschenkes sinkt oder die Kosten der Auflagevollziehung sich erhöhen — so ist dem Beschenkten nicht zu helfen. Er hätte dann eben die Schenkung nicht annehmen sollen.

Lammfromm[14]) will freilich auch in solchen Fällen dem Empfänger der Zuwendung eine Einrede nach Analogie des § 526 geben, wenn „entgegen der Vorstellung der Kontrahenten der Kostenaufwand für die Auflage sich wider Erwarten hinterher höher herausstellt als der Wert der Gabe".

[11]) So die durchaus herrschende Meinung. Statt aller Haymann, Schenkung usw. S. 123 Note 2.

[12]) Oertmann II § 526 Anm. 3b S. 524.

[13]) Wenn also die subjektive Auffassung der Parteien, die Auflageleistung bleibe an Wert hinter der Leistung des Schenkers zurück, der Wirklichkeit nicht entspricht. Hatten dagegen die Parteien die Vorstellung, daß der Wert der Gabe hinter dem der Leistung des Empfängers zurückstehe, so handelt es sich gar nicht um eine Auflageschenkung, sondern um einen gegenseitigen Vertrag. Vgl. oben § 5.

[14]) Lammfromm § 40 S. 153, 154.

Ihm hat sich Oertmann [15]) unter Berufung auf das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242) angeschlossen. [16]) Demgegenüber muß aber betont werden, daß gerade nach der in § 526 getroffenen Sonderregelung für ganz bestimmte Fälle eine analoge Anwendung dieser Gesetzesbestimmung auf andere Fälle nicht zulässig erscheint. [17])

§ 9.

Der Rückforderungsanspruch.

Während der erste Entwurf [1]) sich jeder positiven Bestimmung darüber enthielt, ob und in welchen Fällen dem Schenker beim Unterbleiben der Auflagevollziehung ein Rückforderungsrecht zustehen solle, diese Frage vielmehr im Einzelfalle nach dem im Wesentlichen die Windscheidsche Voraussetzungslehre enthaltenden § 742 beurteilt wissen wollte, hat der zweite Entwurf in § 474 und ihm folgend das BGB in § 527 dem Schenker einen eigenartigen Rückforderungsanspruch gewährt, der — dem Charakter der Auflage als einer Nebenabrede entsprechend — nur einen beschränkten Umfang hat und auch nicht allgemein, sondern nur für gewisse Fälle in Betracht kommt.

Dieses Rückforderungsrecht ist nach § 527 Abs. 1 nur gegeben, wenn die für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Diese in §§ 325—27 geregelten Voraussetzungen stützen sich immer auf einen vom Gegner zu vertretenden Umstand, sodaß also

[15]) Oertmann II § 525 Anm. 4 S. 523; Derselbe Entgeltl. Gesch. S. 60 unter ββ.

[16]) Wie Oertmann auch Staudinger II, 1 § 525 Anm. III, 1 b S. 816.

[17]) Wie hier Cosack I § 140 I 1 d (Beispiele) S. 574; Crome II § 232 unter 2 S. 519; Fischer-Henle § 526 Anm. 5 S. 344; Goldmann-Lilienthal § 151 I, 3 S. 540 Note 5; Haymann, Schenkung usw. S. 117; Planck II § 526 Anm. 4 S. 437; Komm. der RGR I § 526 Anm. 1 S. 515; Saucke S. 70, 71; Schollmeyer S. 55; Skopnik S. 40.

[1]) Vgl. Motive II S. 301 ff.

zur Begründung des Rückforderungsanspruches aus § 527 stets erforderlich ist, daß der Beschenkte das Unterbleiben der Auflagevollziehung zu vertreten hat, was in Ermangelung einer besonderen Bestimmung nach §§ 276 ff. zu beurteilen ist.

Die positiven Voraussetzungen für das Rückforderungsrecht sind demnach in folgenden Fällen gegeben:

1. Die Vollziehung der Auflage ist dem Beschenkten durch sein Verschulden unmöglich geworden. § 325 Abs. 1 Satz 1. Der gänzlichen Unmöglichkeit gleich zu behandeln ist die teilweise, sofern der Schenker nachweisen kann, daß die Erfüllung des noch möglichen Teiles der Auflage für ihn kein Interesse hat. § 325 Abs. 1 Satz 2. Andernfalls ist der Rückforderungsanspruch nur insoweit begründet, als das Geschenk zur Vollziehung des unmöglich gewordenen Teiles der Auflage hätte verwendet werden müssen.

2. Der zur Auflagevollziehung rechtskräftig verurteilte Beschenkte hat bis zum Ablaufe der ihm vom Schenker mit der Erklärung, daß er spätere Auflageerfüllung ablehne, bestimmten angemessenen Frist die Auflage nicht oder nur teilweise erfüllt. § 325 Abs. 2 vbd. mit § 283. Bei nur teilweiser Nichterfüllung gilt das oben unter 1 für die teilweise Unmöglichkeit Gesagte entsprechend.

3. Der Beschenkte ist mit der Erfüllung der Auflage im Verzuge (§§ 284, 285) und hat innerhalb der ihm unter der Androhung, spätere Erfüllung nicht anzunehmen, gesetzten angemessenen Frist nicht oder nur teilweise erfüllt. Im letzteren Falle gilt wiederum das unter 1 für die teilweise Unmöglichkeit Bemerkte entsprechend. § 326 Absatz 1. Hat jedoch infolge des Verzuges die Auflagevollziehung für den Schenker kein Interesse, was er natürlich zu beweisen hat, so steht ihm das Rückforderungsrecht zu, ohne daß es der Fristsetzung bedarf. § 326 Abs. 2.

In diesen unter 1—3 skizzierten Fällen gewährt das Gesetz also einen Rückforderungsanspruch, aber immer nur insoweit, „als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage

hätte verwendet werden müssen". Hieraus ergibt sich als weiteres Erfordernis, daß die Auflagevollziehung einen aus Mitteln des Geschenkes zu bestreitenden Aufwand erfordert, sei es aus der Substanz des Schenkungsgegenstandes (unmittelbar oder mittelbar nach dem wirtschaftlichen Ertrage) oder dessen Werte.[2]) Nur einen Aufwand aus dem Schenkungsgegenstande selbst gelten zu lassen, wäre „sinnwidrig und formalistisch", auch schon dem Wortlaute des Gesetzes nach bedenklich; denn das Wort „Geschenk" in § 527 dürfte an zweiter Stelle kaum in einem anderen Sinne gebraucht sein als an erster, wo es nicht nur den Schenkungsgegenstand, sondern auch dessen Wert (§ 818!) umfaßt.[3]) Ob der Schenkungsgegenstand oder sein Wert und wieviel zu verwenden gewesen wäre, ist eine nach den konkreten Verhältnissen des Einzelfalles zu beurteilende Tatfrage.[4]) Gleichgültig ist, ob die Auflagevollziehung Geldwert besitzt oder ob auch nur der Schenker ein Vermögensinteresse an ihr hat,[5]) es genügt, daß sie eine Verwendung des Geschenkes in irgend einer Weise erfordert.

Bei Auflagen, für deren Vollziehung eine Verwendung des Geschenkes nicht in Betracht kommt, was namentlich für die auf ein Unterlassen gerichteten gilt,[6]) ist das Rückforderungsrecht aus § 527 schlechterdings ausgeschlossen.[7]) Die herrschende Meinung[8]) freilich will in solchen Fällen

[2]) Haymann, Schenkung usw. S. 144, 145; Oertmann II § 527 Anm. 2 Abs. 2 S. 526; Staudinger II, 1 § 527 Anm. 5 S. 820, 821.

[3]) Oertmann II § 527 Anm. 2 Absatz 2 S. 526.

[4]) Staudinger II, 1 § 527 Anm. 5 S 820.

[5]) Haymann, Schenkung usw. S. 144

[6]) Wenn Kieffer S 42 auch in solchen Fällen noch eine Verwendung des Geschenkes annehmen will, so geht das entschieden zu weit.

[7]) Haymann, Schenkung usw. S. 144.

[8]) Crome II § 232 a. E. S. 522; Endemann I § 164 Note 33 S. 1031; Enneccerus-Kipp I, 2 § 348 Note 11 S. 334; Fischer-Henle § 527 Anm. 1 S. 345; Hellwig, Verträge usw. § 50 S. 328; Kohler II, 1 § 110 I S. 288; Komm. der RGR I § 527 Anm. 4 a E. S. 516; Oertmann II § 527 Anm. 3 S. 526; Planck II § 527 Anm 5 Abs. 2 S. 438; Schollmeyer S. 57; Staudinger II, 1 § 527 Anm. 6b S. 821.

wie überhaupt ganz allgemein eine auf Herausgabe des ganzen Geschenkes gehende Kondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 2 zulassen, wenn die unterbliebene Auflageleistung den nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes bezweckten Erfolg darstellt. Demgegenüber muß aber betont werden, daß dann, wenn wirklich das dem Beschenkten auferlegte Verhalten nach der Absicht der Parteien gerade der mit der Schenkung bezweckte Erfolg ist, überhaupt keine Auflageschenkung vorliegt, denn mit dem Charakter der Schenkungsauflage als einer Nebenabrede ist es unvereinbar, daß ihre Erfüllung das Hauptziel des ganzen Rechtsgeschäftes ist. Auf eine Schenkung mit derartiger Zweckbestimmung sind dann überhaupt nicht die §§ 525—27 anzuwenden, es kommt vielmehr lediglich § 812 in Betracht.[9]) Umgekehrt ist eine Anwendung des § 812 bei einer wirklichen Auflageschenkung begrifflich unmöglich.[10])

Der Grund, warum das Gesetz einen Rückforderungsanspruch gerade nur in den Fällen zuläßt, wo die Auflagevollziehung eine Verwendung des Geschenkes erfordert, ist darin zu erblicken, daß es dem Schenker ermöglicht werden soll, die Auflage, deren Vollziehung der Beschenkte schuldhaft unterließ, nunmehr selbst zu verwirklichen.[11]) Soweit das Geschenk die Mittel dazu hergeben sollte, muß daher der Schenker das Geschenk in diesem Umfange zurückfordern können. Erfordert dagegen die Auflagevollziehung keine Verwendung des Geschenkes, so bedarf es auch keiner Rückgabe der Zuwendung.

Es ist auch keineswegs unbillig, daß in solchen Fällen der Schenker auf den — allerdings möglicherweise nicht zum Ziele führenden — Erfüllungsanspruch aus § 525 beschränkt ist. Glaubt er, daß dieses Mittel nicht genügen werde, um

[9]) Vgl. auch oben § 4.

[10]) Wie hier: Dernburg II, 2 § 210 Note 5 S. 162; Haymann, Schenkung usw. S. 151; Meisner § 527 a. E. S. 145; wohl auch Goldmann-Lilienthal I §§ 151 Note 10 S. 541; Lammfromm S. 166.

[11]) Haymann a. a. O. S. 144; vgl. auch Protokolle II S. 32/33.

den Beschenkten zum Gehorsam gegen das Auflagegebot anzuhalten, so steht es ihm ja frei, sich für den Fall des Unterbleibens der Auflagevollziehung gemäß §§ 346 ff. den Rücktritt vom Schenkungsvertrage vorzubehalten oder eine Konventionalstrafe zu vereinbaren, wenn er nicht überhaupt von einer Auflageschenkung absehen und entweder eine Zweckschenkung wählen, oder aber das dem Beschenkten angesonnene Verhalten als aufschiebende oder das Zuwiderhandeln als auflösende Bedingung der Schenkung setzen will.

Weiter ist nach der positiven Bestimmung des § 527 Abs. 2 stets — auch wenn die obigen Voraussetzungen vorliegen — das Rückforderungsrecht versagt, wenn ein Dritter Erfüllung der Auflage verlangen kann,[12]) gleichgültig, ob er seinen Anspruch geltend macht oder nicht. Hat freilich der Dritte auf seinen Anspruch verzichtet, so steht dem Rückforderungsrecht nichts mehr entgegen. Daß die nach § 525 Abs. 2 zuständige Behörde nicht als „Dritter" gelten kann,[13]) ergibt sich, wie bereits oben § 7 Note 17 bemerkt, aus dem Sprachgebrauch des Gesetzes. Ihr Vollziehungsanspruch schließt zwar nicht das Rückforderungsrecht des Schenkers aus, wohl aber das seiner Erben.[14]) Doch ist dieser Ausschluß lediglich in der eigentümlichen Natur des Anspruches der Behörde gegründet, durch welchen den Erben, wie gleichfalls schon gesagt,[15]) ihre sonstigen Befugnisse, die Auflageverpflichtung anders als durch Annahme der Erfüllung erlöschen zu lassen, entzogen werden.

[12]) Vgl. oben § 7 S. 42.

[13]) Wie hier außer Haymann a. a. O. S. 177 auch Planck II § 527 Anm. 3 S. 438; Komm. der RGR § 527 Anm. 5 S. 516; Schollmeyer S. 57; Staudinger II, 1 § 527 Anm. II 3a S. 820. — a. M. Crome II § 232 unter 4a S. 521, 522; Emmecerus-Kipp I, 2 § 348 Note 12 S. 334.

[14]) Eigentümlicherweise wollen Planck und Staudinger a. a. O. das Rückforderungsrecht der Erben neben dem Vollziehungsanspruch der Behörde bestehen lassen, Planck offenbar irrtümlich unter Berufung auf Haymann a. a. O. S. 177, der aber der hier vertretenen Meinung ist.

[15]) Vgl. oben § 7 S. 40

Dieser, wie wir sahen, nach Voraussetzungen und Umfang eng begrenzte Rückforderungsanspruch aus § 527 unterliegt nach ausdrücklicher Bestimmung des Absatz 1 den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Es kommen insbesondere in Betracht die §§ 818—820. Grundsätzlich erstreckt sich also der Anspruch auf das, was der Beschenkte erlangt hat (Nutzungen, das auf Grund eines erlangten Rechtes Erworbene, Surrogate). In Ausnahmefällen (§ 818 Abs. 2) ist der Wert zu ersetzen. Doch ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes insoweit ausgeschlossen, als der Beschenkte nicht mehr bereichert ist. (§ 818 Abs. 3.) Vom Eintritte der Rechtshängigkeit (§ 818 Abs. 4) oder den in §§ 819, 820 bestimmten Zeitpunkten tritt aber die strengere Haftung nach den allgemeinen Vorschriften (§ 292 vbd. mit §§ 987 ff.) ein.

Statt des Rückforderungsanspruches kann der Schenker den Erfüllungsanspruch geltend machen, soweit dieser nicht durch Unmöglichwerden der Auflagevollziehung entfällt. Ist die Vollziehung durch einen vom Beschenkten zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so steht dem Schenker nach allgemeinen Regeln (§§ 280, 286) auch ein Schadenersatzanspruch zu. Während er aber natürlich nicht neben der Rückforderung obendrein noch Vollziehung der Auflage verlangen kann, steht, wie Haymann [16]) treffend hervorhebt, nichts im Wege, daß er neben der Befriedigung seines Rückforderungsanspruches noch einen dadurch nicht gedeckten Schaden ersetzt verlangt. Denn daraus, daß die Voraussetzungen des Anspruches aus § 527 die gleichen sind wie die für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen, darf keinesfalls geschlossen werden, daß das Gesetz den Anspruch selbst als Rücktritt vom Vertrage behandelt wissen will. Auch der Auffassung Oertmanns, [17]) daß das Recht aus § 527 zwar kein Rücktritt sei, aber durchaus Zweck und Auf-

[16]) Haymann, Schenkung usw. S. 150.

[17]) Oertmann II § 527 Anm. 4 Abs. 2 S. 526.

gaben des Rücktrittsrechtes erfülle und deshalb den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse ausschließe, kann nicht beigetreten werden, weil bei dem vom Gesetze scharf ausgeprägten begrifflichen Gegensatze von Auflageschenkung und gegenseitigem Vertrage die Verweisung auf die Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nicht auch auf die Rechtsfolgen dieses Rücktrittsrechtes ausgedehnt werden kann.

Da der Rückforderungsanspruch aus § 527 von den Voraussetzungen des Rücktrittsrechtes bei gegenseitigen Vertragen abhängig ist, so ergibt sich aus § 527 per argumentum a contrario, daß dieser Anspruch stets ausgeschlossen ist, wenn die Auflagevollziehung unterbleibt, ohne daß der Beschenkte dies zu vertreten hätte. Es fragt sich nun, wie im übrigen die Rechtslage in solchen Fällen zu beurteilen ist. Da besondere Bestimmungen hierfür fehlen, ist auf die allgemeinen Vorschriften zurückzugreifen.

War die Auflageleistung von Anfang an unmöglich, so ist der auf ihre Begründung gerichtete Vertrag, die Auflageabrede, nach § 306 nichtig. Das hat aber keineswegs notwendig zur Folge, daß auch die Schenkung nichtig sei, wie Lammfromm [18]) nach seiner Auffassung der Auflageschenkung als eines gegenseitigen Vertrages meint. Es ist daran festzuhalten, daß sich die Auflageschenkung als eine Vereinigung zweier verschiedener Verträge zu einem einheitlichen Rechtsgeschäfte darstellt, [19]) daß die Auflage ein Teil des Gesamtgeschäftes und die Wirkung ihrer Nichtigkeit auf das ganze Rechtsgeschäft nach § 139 zu beurteilen ist. [20]) Da aber der Auflage, wie wir im ersten Kapitel

[18] Lammfromm S. 166, 167.

[19]) Vgl. oben § 3.

[20]) Crome II § 232 unter 3 S. 520; Ders. Part. Rechtsgeschäfte § 75 S. 535; Dernburg II, 2 § 210 Note 2 S. 161; Enneccerus-Kipp I, 2 § 348 unter II, 2 S. 333; Goldmann-Lilienthal I § 151 Note 1 S. 539; Haymann, Schenkung usw. S. 94; Oertmann II § 525 Anm. 5 S. 523; Planck II § 525 Anm. 1c S. 435; Komm. der RGR I § 525 Anm. 1 a. E. S. 515; Schollmeyer S. 55; Staudinger II, 1 § 525 Anm. III, 4b und c S. 817.

sahen, nur die Bedeutung einer Nebenabrede zukommt, wird bei einer Auflageschenkung regelmäßig die in § 139 vorgesehene Annahme begründet sein, daß die Schenkung auch ohne die nichtige Auflage vorgenommen sein würde. Nur in Ausnahmefällen, wenn besondere Umstände darauf hinweisen, daß ohne Auflage nicht geschenkt worden wäre, hat die Nichtigkeit der Auflage auch die der Schenkung zur Folge. Aus dieser Auffassung ergibt sich die der Billigkeit durchaus entsprechende Umkehrung der in § 139 angedeuteten Verteilung der Beweislast, sodaß der die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes geltend machende Schenker beweisen muß, daß er ohne Auflage nicht geschenkt haben würde. [21])

Die vorstehenden Ausführungen über den Einfluß der Nichtigkeit der Auflage auf die Rechtswirksamkeit des ganzen Geschäftes gelten in gleicher Weise, wenn die Auflage aus einem anderen Grunde als ursprünglicher Unmöglichkeit nichtig ist, wenn sie z. B. gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder gegen die guten Sitten (§ 138) verstößt. Im letzteren Falle ist aber, wie Oertmann [22]) mit Recht hervorhebt, stets zu prüfen, ob durch die unsittliche Auflage nicht das ganze Geschäft infiziert und nichtig ist.

Für die Fälle nachträglicher, vom Beschenkten nicht verschuldeter Unmöglichkeit der Auflageleistung hat man geglaubt, aus § 323 [23]) oder aber aus § 527 Abs. mit §§ 325 ff. per argumentum a contrario [24]) herleiten zu können, daß der Beschenkte von seiner Leistungspflicht frei werde. Das Ergebnis ist richtig, die Begründung falsch. § 323 kann schon deshalb nicht auf die Auflageschenkung angewandt werden, weil er nur für gegenseitige Verträge

[21]) Crome, Dernburg, Oertmann, Planck, Schollmeyer an den in Note 20 angeführten Stellen, außerdem Janson S. 27, 28; Neugebauer S. 105.

[22]) Oertmann II § 525 Anm. 5 S. 523.

[23]) Mathiaß § 112 V C S. 297, 298; Meisner § 527 S. 145; Staudinger II, 1 § 527 Anm. II, 3b S. 820.

[24]) Lammfromm S. 166.

gilt, die Auflageschenkung aber kein gegenseitiger Vertrag ist. Ueberdies würde die Anwendung des § 323 zu dem weiteren Ergebnisse führen, daß auch der Schenker von seiner Leistungspflicht befreit werde und die etwa schon bewirkte Leistung als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern könne, ein Ergebnis, das wir aus den oben in § 5 S. 19 angeführten Gründen als unbillig zurückweisen mußten. Auch der zwar zu einem richtigen Ergebnis führenden Begründung Lammfromms kann nicht beigetreten werden, weil sich das gleiche Ergebnis ohne den Umweg eines Umkehrschlusses unmittelbar aus § 275 herleiten läßt.[25]) Hiernach wird der Beschenkte von der Verpflichtung zur Auflageleistung befreit, soweit sie nachträglich durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wird.[26]) Die Schenkung wird aber dadurch in keiner Weise berührt. Es geht auch nicht an, wie manche[27]) tun, auf diese Fälle § 139 anzuwenden, weil es sich hier — anders als bei ursprünglicher Unmöglichkeit der Auflageleistung — gar nicht um eine *nichtige* Auflage handelt. Die Schenkung bleibt daher in diesen Fällen stets bestehen, während der Beschenkte von seiner Pflicht zur Auflagevollziehung frei wird.

---

[25]) Wie hier: Crome II § 232 unter 3 S. 520; Ders. Part. Rechtsgeschäfte § 75 S. 535 Text und Note 13; Dernburg II, 2 § 210 unter I, 2 S. 161; Haymann, Schenkung usw. S. 140; Janson S. 26; Komm. der RGR I § 527 Anm. 1 S. 516; Oertmann II § 527 Anm. 1b Abs. 2 S. 525; Planck II § 525 Anm. 1c a. E. S. 435; Schollmeyer S. 56.

[26]) Hierher gehört nicht nur zufälliges, sondern auch vom Schenker oder dem begünstigten Dritten verschuldetes Unmöglichwerden.

[27]) Crome II § 232 unter 3 a. E. S. 520; Dernburg II, 2 § 210 I, 2 S. 161; Schollmeyer S. 56.